التحقيق الباهر

الأشباه والنظائر

(وهو الشرح الوحيد الكامل لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم)

تأليف الإمام

هبة الله التاجي

محمد هبة الله بن محمد بن يحيى البعلي الدمشقي التاجي الحنفي

ولد في دمشق سنة ١١٥١ هـ

وتوفي في منطقة أسكدار بإسطنبول سنة ١٢٢٤ هـ

يطبع أول مرة محققاً على أربع نسخ خطية

تحقيق الدكتور

أسامة بن محمد مشيخ

المجلد الرابع

دار اللباب

الطبعَة الأولىٰ
١٤٤٣هـ ـ ٢٠٢١م

9789933930288

دار اللُّبَاب
للدِّرَاسَاتِ وَتَحْقِيقِ التُّرَاثِ

DAR-ALLOBAB

Lubab Yazma Eserleri İhya ve İlmi Araştırma Yayınları

بيروت ـ لبنان
009615813966
0096170112990

دمشق ـ سوريا
00963993151546
info@allobab.com
Www.allobab.com

اسطنبول ـ تركيا
00902125255551
00905454729850

İskenderpaşa mh. Kıztaşı cd. No:7 D:5 Fatih (Özel Fatih Hastanesi Karşısı)

التحقيق الباهر

شرح

الأشباه والنظائر

(وهو الشرح الوحيد الكامل لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم)

تأليف الإمام

هبة الله التاجي

محمد هبة الله بن محمد بن يحيى البعلي الدمشقي التاجي الحنفي

وُلِد في دمشق سنة ١١٥١ هـ

وتوفي في منطقة أسكدار بإسطنبول سنة ١٢٢٤هـ

يُطبع أول مرة محققاً على أربع نسخ خطية

تحقيق الدكتور

أسامة بن محمد شيخ

المجلد الرابع

دار اللباب

NEW MADARSA

بسم الله الرحمن الرحيم

MADARSE WALE

[تابع الفن الثاني]

[الفوائد والضوابط]

(كتاب الوقف)

مناسبته للشركة باعتبار أن المقصود من كل منهما الانتفاعُ بما يزيد على أصل المال.

وله معنى لغويٌّ وشرعي، وسببٌ، ومحلٌّ، وشرائطُ، وركنٌ، وأحكام، ومحاسنُ، وصفة.

[تعريف الوقف لغةً وشرعًا]

فهو لغةً: مصدر وقَفه، أي: حبَسه، وَقْفًا. و«وقَف» بنفسه يتعدَّى ولا يتعدَّى؛ قال الزمخشري: «ومن المَجاز: وقَّفتُه على ذنبه وعلى مواضعه، ووقَف على المعنى: أحاطَ به، ووقَّفتُ الحديثَ: بيَّنتُه، ووقف أرضَه على ولده، ووقف القِدر وقفًا: أدام غليانَها»[1]، انتهى. وجعله الراغبُ حقيقةً في المنع، مجازًا في التسبيل على سبيل الاستعارة؛ لأن الشيء المُسبَّل كأنه ممنوع عن الحركة، انتهى.

ويُطلق على الموقوف مبالغةً، كـ«ضرب الأمير»، فلذا يُجمَع على أوقاف.

و«أوقَف» لغةُ بني تميم نادرةٌ، بل أنكره الأَصْمَعيُّ، «وليست بلَحْنٍ كما توهَّمه بعضهم»، «فتح الباري»[2].

---

(١) «أساس البلاغة»، كتاب الواو، مادة (و ق ف)، (٢/ ٣٥٠).

(٢) انظر: «فتح الباري»، باب: إذا وقف شيئا قبل أن يدفعه إلى غيره فهو جائز (٥/ ٣٨٤).

وفيه إشارةٌ إلى ضعف التضعيف. وفي «الكشاف»: «ليست بفصيحة»[١].

وشرعًا: حَبْسُ العين على حُكمِ ملكِ الواقف والتصدُّقُ بالمنفعة، كالعارية، فلا يلزم ولا يزول عن ملكه إلا أن يحكُم به حاكم. وعندهما: هو حبسُ العين على حكم ملك الله على وجهٍ يعود نفعُه للعِباد، فيلزم ويزول ملكُه بمجرَّد القول عند الثاني، وعند الثالث: بالتسليم إلى المتولِّي. **وبقول أبي يوسف يُفتَى؛ للعُرف**. ونقل ابنُ الكمال أن **الفتوى** على قولهما، وإن لم يكن في ذلك حجَّةٌ على الإمام[٢].

[سبب الوقف ومحلُّه وشرطُه وركنُه وحكمه]

وسببُه: بِرُّ الأحباب ونَيلُ الثواب، يعني: بالنيَّة من أهلها؛ لأنه مباحٌ، كما تقدَّم. وقد يكون واجبًا بالنذر، فهذه صفتُه، وقد عرفتَ حُسنَه.

ومحلُّه: المالُ المُتقوِّم القابلُ للوقف.

«وشرطه: شرطُ سائرِ التبرُّعات، كحُرِّيةٍ، وتكليفٍ، وأن يكون قُربةً في ذاته، معلوما، منجَّزًا، لا معلَّقًا إلا بكائنٍ، ولا مُضافًا، ولا مؤقَّتًا، ولا بخيار شرطٍ، ولا ذكَر معه اشتراطَ بيعِه وصرفِ ثمنه لحاجته، فإن ذكَره بطل وقفُه.

وفي «الفتح»: «لو وقَف المرتدُّ فمات، أو قُتِل، أو ارتدَّ المسلم: بطل وقفُه»[٣].

ولا يصحُّ وقفُ مسلمٍ أو ذميٍّ على بِيعةٍ، أو حربيٍّ، قيل: أو مجوسيٍّ،

---

(١) «الكشاف»، بداية سورة إبراهيم (٢/ ٥٠٦).

(٢) انظر: «الإيضاح في شرح الإصلاح»، كتاب الوقف (٢/ ٩٤ ـ ٩٥).

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب الشركة، فصل: لا يؤدي أحد الشريكين زكاة مال الآخر إلا بإذنه (٦/ ٢٠١).

وجاز على ذمِّي؛ لأنه قربةٌ، حتى لو قال: على أن من أسلَم من ولده، أو انتقل إلى غير النصرانية، فلا شيء له: لزم شرطُه **على المذهب**»، «در»[١].

وركنُه: الألفاظ المخصوصة، كـ: أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ مؤبَّدةً على المساكين، أو على وجه الخير أو البِرِّ. واكتفى أبو يوسف بلفظ «موقوفة» فقط. قال الصدر الشهيد: ونحن **نُفتي به** للعُرف.

ويُشترط المِلكُ له، فلو غصَب عقارًا ووقَفه: لا يصح، ولو اشتراه من مالكه بعده. ووقفُ الفضولي صحيحٌ، ووقفُ المحجور عليه لا يصح.

وأما عدمُ تعلُّقِ حقِّ الغير به، كالرهن والإجارة، فليس بشرطٍ، ولا تخرُج عن الرهن والإجارة ولو بقيت سِنين، فإذا افتكَّها: يعُود إلى الجهة، فلو مات قبل الافتكاك، وترَكَ ما يفتكُّ به: افتُكَّ ولزم الوقف، وإلا بطلت وبيع الوقفُ.

وحكمُه ما مرَّ في تعريفه. وهل يشترط لتمامه التأبيدُ؟ نعم عند محمد، وعند أبي يوسف: لا؛ لأنه جعله كالإعتاق، ومحمد كالوصية. واختلف الترجيحُ والإفتاء، **والأخذُ بقول أبي يوسف أحوطُ وأسهل**، كما في «المنح» عن «البحر»[٢]، **وبه يُفتَى**.

والخلافُ في ذكر التأبيد، وأما نفس التأبيد فشرطٌ بالإجماع، حتى لو وقَّته بشهر: بطل اتفاقا، كما في «الدرر»[٣]. وعليه: فلو وقَف على رجل بعينه: جاز، وعاد بعد موته لورَثة الواقف، **وعليه الفتوى**. وقيل: للفقراء.

---

(١) «الدر المختار»، كتاب الوقف (ص ٣٦٩).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، وقف في مرض موته (٥/ ٢١٢).

(٣) انظر: «درر الحكام»، بداية كتاب الوقف (٢/ ١٣٣).

وجزم في «الخانية» بصحَّة الوقف مطلقًا[١]، فتنبَّهْ. وأقرَّه الشُّرنبُلالي[٢].

وصحَّ عند أبي يوسف وقفُ المُشاع، خلافًا لمحمد. وهذا في غير المسجد والمقبَرة، فلا يصحُّ وقفُهما مُشاعًا اتفاقا؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخلوصَ لله، وتَقبَح المهايَأة. والشيوعُ الطارئ والمُقارِن سِيَّان.

«وإذا تمَّ ولزم: لا يُملَك، ولا يُعار، ولا يُرهن، ولا يُقسم، بل يَتهايؤُن، إلا عندهما، فيُقسَم المشاع، وبه أفتى قارئ «الهداية» إذا كانت القسمةُ بين الواقف وشريكه المالِك، أو الواقف الآخر، أو ناظره إن اختلفت جهتُهما، ولا يُقسم بين مُستحِقِّيه إجماعًا»، «درر»[٣].

[فائدة: الوقفُ على المَصالح صحيحٌ، وبيان ما يدخل في المصالح]

(لو وقَف) رجل (على المَصالح)، أي: مصالح مسجدِ كذا، (صحَّ) الوقفُ، وتُصرَف الغَلَّة إلى مصالحه، (وهي: الإمامُ والخطيبُ والقيِّم)، وكذا سائر أرباب الشعائر على ما سيأتي، (وشراءُ الدُّهن، والحصيرُ، والمَراوِح، كذا في) «منظومة (ابن وهبان»). قال فيها:

«ويدخُل في وقفِ المصالح قيِّمٌ إمامٌ خطيبٌ والمؤذِّن يعبر»[٤]

فقد علمتَ أنه ذكر القيِّمَ والإمامَ والخطيب، لا شراءَ الدهن والحصيرِ

---

(١) أي: سواء ذكر التأبيد أو وقَّت؛ قال فيها في كتاب الوقف، فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٤): «رجل وقف داره يوما، أو شهرا، أو وقتا معلوما، ولم يزد على ذلك: جاز الوقف، ويكون وقفا أبدا».

(٢) انظر: «حاشية الشرنبلالي على درر الحكام»، بداية كتاب الوقف (٢/ ١٣٣).

(٣) انظر: «درر الحكام»، كتاب الوقف (٢/ ١٣٤ ـ ١٣٥).

(٤) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٣).

والمَراوح، وذكَر المؤذِّنَ، ولم يذكُره المُصنِّف، ففيه خلَلٌ في النقل. وأما المؤذِّن، فيُجعَل نظيرَ الإمام. وأما المَراوح، فليست من المصالح، كما جزم به في «البحر»[(١)]، وهكذا في «خزانة الأكمل»[(٢)].

وأما شراءُ الدُّهن والحصير، «ففي «الخزانة» رَمْزًا للعلاء الترجماني أنه ليس من المصالح، وإنما مصالحه عِمارتُه، ثم رمَز لأبي حامد أنهما من المصالح، قال مولانا البديع: هو **أشبهُ للصواب** وأقربُ لغرض الواقف»[(٣)]، انتهى.

فقد علمتَ من هذا أن ذِكرَ المَراوح سهوٌ، والحصير والدهن على الخلاف، ويُشعِر الحصرُ بقوله: إنما مصالحه عمارتُه، أن ما ذكر على الخلاف أيضًا.

[فائدة: كلُّ مَن بنَى في أرض غيره فالبناءُ لمالكها]

(كلُّ من بنى في أرضِ غيرِه)، أجنبيًّا أو وارِثًا: (فالبِناء لمالكِها)، أي: الأرض.

قال في «الحموية»: «هذا إذا أطلق أو عيَّنه للمالك، فلو عيَّنه لنفسه: فهو له، ويكون مستعيرًا للأرض، فيُكلِّفه قَلْعَه متى شاء. فلو بنى في الأرض المشتَركة: فهو مشتَركٌ بينهما، ويرجع بما أنفَق إذا أطلَق أو عيَّناه للشركة، وإن عيَّناه للباني: فهو له، ويُجعَل مستعيرًا لحصَّة شريكه في الأرض، ومتى شاء كلَّفه القلعَ، إلا إذا طلبَا القسمةَ أو طلَبها أحدُهما: فإنه يقسمه، فإن وقع البناء في حظِّ الباني: فبها، وإلا فإن وقع في حظِّ شريكه: يُرفَع، فإن وقع بعضُه في حظِّه وبعضُه في حظِّ غيره: فما وقع في حظِّه فلا كلام فيه، وما وقع في حظِّ غيره يرفع، وسيأتي في كتاب القسمة.

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، الاستدانة لأجل العمارة في الوقف (٥/ ٢٢٨).

(٢) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، من فتاوى صاعد (٤/ ٤٩٦). وعبارتها: «ولو وقف على مصالح المسجد: يجوز دفع غلته إلى الإمام والمؤذن والقيم».

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، الاستدانة لأجل العمارة في الوقف (٥/ ٢٢٨).

بنى أحدُهما بغير إذن الآخَر، فطلب رفعَ بنائه: قُسِم، فإن وقع في نصيب الباني: فبها، وإلا هُدِم. وإن بنى لغيره ولغير المالك: فحكمُه حكمُ ما إذا بناه لنفسه من وجوب الرفع إذا طلبه المالك.

وسكت المصنِّف عن الرجوع على الآمر، وينبغي أن يرجِع؛ قياسًا على ما إذا بنى في الوقف بإذن المتولِّي»[(١)]، انتهى.

واستظهر ابنُ وهبان ذلك أيضا بمسألة ما «لو قال: اقضِ عنِّي لفلانٍ دَينَه، ولم يقُل: وارجِعْ به، فإنَّ له الرجوعَ»[(٢)].

وأما مسألةُ المشتَرك، بأن بنى أحدُ الشركاء بإذن الآخر، فطلب رفعَ بنائه: فإنه يُقسَم، وما وقع في نصيب غير الباني يُهدَم ـ على ما ذكره الحمويُّ ـ إذا بنى بأحجارٍ وآلاتٍ هي له، وإن بنى بنِقْض مشتَرك من الدار، وكان بحيث لو هُدِم لا قيمةَ لما وضَعه من عنده: لا يُهدَم، ولا يرجع بشيء مما أنفق على العَمِلة. وإن بناه من النقض المُشتَرك ومن ماله: فمالُه ملكٌ له ينقُضُه، والمُشتَرك على حكم الشركة، كما تقدم. وإن اختلفوا في ذلك: فالقول قولُ الباني بيمينه، والبيِّنةُ على بقيَّة الشُّركاء المدَّعِين؛ إذ هم خارجون عنه، وهو ذو يدٍ، كما في «الخيرية»[(٣)].

ثم هذه المسألة في «الوهبانية»، قال:

«وقال: ابْنِ داري، في **الأصحِّ** بناؤه لذي الدار، ثم المالُ للآمر يُحضَر»[(٤)]

---

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٢٠ ـ ٢٢١).

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب القسمة والحيطان (٢/ ١١٨).

(٣) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الشركة، مطلب: بنى أحد الشركاء في المشترك (١/ ١٠٩).

(٤) «شرح المنظومة الوهبانية» (٢/ ١١٨).

قال شارحها شيخُ الإسلام عبد البر: «بنى على السَّقْف الأعلى في دار امرأتِه بأمرها، ثم أراد أن يرفع البناء: فإن البناءَ للمرأة وليس له رفعُه، وإن بنى بغير أمرها: فله رفعُه إن لم يوجب ضرَرًا في غير ما بنى. **والأصل أن مَن بنى في دارِ غيرِه بناءً، وأنفق في ذلك بإذن صاحبِ الدار: كان البناءُ لصاحب الدار، وللباني أن يرجع على صاحب الدار بما أنفق.**

وفي بعض الكتب أن في هذا الفصل اختلافَ المشايخ، فقال بعضهم: يكون البناءُ لصاحب الدار، ويرجع بما أنفَق إن بأمرِه، كما قلنا، وقال بعضهم: البناء للباني ولو بإذنِ ربِّ الدار، كما لو استعار أرضًا وبنى فيها بإذن صاحبها، فإن البناء للمُستعير، قال: وهذا الخلاف فيما إذا لم يقُلْ ربُّ الدار للباني: ابنِ فيها على أن أُعطيَكَ ما تُنفِق. أما إذا قال له ذلك، فالبناء لصاحب الدار، وللباني الرجوعُ بما أنفق»[١].

وأشار صاحب «الوهبانية» بقوله: «والأصحُّ»، إلى اختيارِ الأوَّل، واستظهر بما لو قال له: اقضِ دَيني، ولم يقل: وارجِعْ به عليَّ، فإنه يرجع عليه، فكذا هنا لا يحتاج إلى قوله: على أن أُعطيَكَ ما تنفق، قال: «وهذا بخلاف ما جرى عليه اصطلاحُ زماننا فيمن استأجر أرضًا وأذِن له ربُّ الأرض في البناء، فإنه يكون للباني اتفاقًا، فإن العقد وقع مقصودًا على البناء [ببدَلٍ]»[٢]، انتهى ملخَّصًا.

[فرع: لا يجبر الشريك على العمارة إلا في ثلاث]

فرع: المُشترَك إذا انهدم، وأبى الشريكُ عن العمارة: لا يُجبَر إن احتمل القسمةَ، ويُقسَم، وإلا بنى الشريكُ ثم يؤجِّره ليَرجِع.

---

(١) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب القسمة والحيطان (٢/ ١١٨).

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية» (٢/ ١١٨).

«لا يُجبَر الشريكُ على العمارة إلا في ثلاث: وصيٍّ، وناظِرٍ، وضرورةِ تعذُّرِ قسمةٍ، ككَرْيِ نهرٍ، ومَرمَّة قَناة، وبئرٍ، ودولاب، وسفينة معيبة، وحائطٍ لا يُقسَم أساسُه، وكذا كل ما لا يُقسَم كحمَّام وخانٍ. **والضابط أن كلَّ من أُجبِر أن يفعَل مع شريكه إذا فعَله أحدُهما بلا إذنٍ فهو متطوِّعٌ، وإلا فلا**»، «سراجية»[1].

[فرع: بنى في أرضِ غيره لنفسه بلا أمره]

(ولو بنَى) في أرض غيره **(لنفسِه بلا أمره)**، أي: الغير، **(فهو)**، أي: البناء، **(له)**، أي: للباني، **(وله)**، أي: لربِّ الأرض، **(رفعُه)**، أي: البناء، **(إلا أن يضُرَّ** القلعُ **(بالأرض)**، فحينئذ لا يرفع، وللمالك أن يضمَن له قيمتَه مأمورًا بقلعه، فتُقوَّم الأرضُ بلا بناءٍ، وبالبناء مستحَقِّ القلع، فيضمَن الفضل، «ملتقى»[2]. ولا يضمن قيمته مقلوعًا، أي: حجارةً مكوَّمة؛ لتفاوُتِ ما بينهما بأُجرة القلع.

«وهذا إذا لم يكن من تراب تلك الأرض، وإلا فالبناءُ لربِّ الأرض؛ لأنه لو أمر بنقضه: يصير ترابًا كما كان. وقيل: «إن لم يكن للتراب قيمةٌ: فالبناء لربِّها، وإلا فللباني، وعليه قيمةُ التراب»، «خانية»[3]. وكذا يقال: إذا غرَس في أرض الغير. وأما في الزرع، فله قلعُه، ويعطيه ما زاد البذرُ أو مثلُ بذرِه، فليُحفَظ»، «در منتقى»[4].

---

(١) لم أجد هذه المسائل في مظانها في «السراجية»، وكأن الشارح نقلها من «الدر المختار»، وسها في الإحالة؛ قال في «الدر المختار» (ص ٣٦٧): «وفي «السراجية»: طاحون مشترك أنفق أحدهما في عمارتها فليس بمتطوع؛ ولو أنفق على عبد مشترك أو أدى خراج كرم مشترك فهو متطوع في الكل. من «منح» المصنف»، اهـ. ثم بعد ذلك ذكر ما ذكره الشارح هنا.

(٢) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الغصب، فصل فيما يوجب الملك (٤/ ٨٦ ـ ٨٨).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الغصب، فصل فيما يصير به المرء غاصبا وضامنا (٣/ ٢٤١).

(٤) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الغصب، فصل فيما يوجب الملك (٤/ ٨٨).

وهذا التفصيل في البناء في غير أرض الوقف.

[مطلب: في البناء في أرض الوقف]

(وأما البناء في أرض الوقف)، ففيه تفصيل:

(فإن كان الباني المُتولِّي عليه، فإن كان) بنى (بمالِ الوقف: فهو وقفٌ). قال البيري: «هذا خاصٌّ بمتولٍّ غيرِ واقفٍ. وأما الواقف إذا أطلق لا يكون وقفًا، بل مِلكًا له»[(١)].

وظاهر إطلاق المصنِّف أنه سواء بناه للوقف، أو أطلق، أو عيَّنه لنفسه في أرض الوقف؛ إذ لا يملك أن يبنِيَ لنفسه في أرض الوقف: فيقع للوقف وإن عيَّنه لنفسه.

وصرَّح في «البحر» بأنه «إذا بناه من مال الوقف، أو من ماله للوقف، أو لم يذكُر شيئًا: كان وقفًا، بخلاف الأجنبيِّ إذا بناه لنفسه كان مِلكًا له. وكذا إن أشهد الناظرُ أنه بناه لنفسه: يكون له»[(٢)]، انتهى.

فعُلِم أن قول الناس: العمارة في الوقف وقفٌ، ليس على إطلاقه، بل هو مقيَّد بما إذا بناه من مال الوقف، أو من ماله للوقف، أو أطلق أو كان متولِّيًا، وإلا فهو مِلكٌ له.

(وإن كان) بناءُ المتولِّي (لنفسه[(٣)])، وأشهَد أنه فعَله لنفسه: (فهو)، أي: البناء، (له)، أي: للباني. «والباني الأجنبيُّ بإذن الناظر كالناظر على هذا التفصيل، سواء قال له الناظر: ابنِ للوقف، أو أطلَق»، «حموي»[(٤)].

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٥٠).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، بناء منارة من غلة المسجد (٥/ ٢٣٤).

(٣) في هامش (خ): (قوله: بنى لنفسه، أي: بماله، لا بمال الوقف، وإلا فهو وقف، ولو عينه لنفسه، كما علم مما سبق، تأمل).

(٤) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٢٢).

(وإن لم يكن) الباني (متولِّيًا، فإن بنى) بأرض الوقف من ماله (بإذن المتولِّي ليرجِعَ) على المتولي، أي: ليصحَّ رجوعُه على المُتولِّي، وليس الرجوعُ قيدًا في الإذن؛ إذ لا يشترط على الأصحِّ، بل يكفي الإذنُ، كما تقدم، (فهو)، أي: البناء، (وقفٌ)، وإنما يرجِع عليه إذا كان مُعظَمُ نفعه إلى الوقف. أما إذا رجع إلى الباني، وفيه ضررٌ بالدار، كالبالوعة، أو شُغِلُ بعضِها، كالتنُّور: فلا يرجع ما لم يشترط الرجوع، «بحر»[1].

فهذا التفصيل مُقيِّدٌ لإطلاق المصنِّف.

(وإلا)، بأن بنى بغير إذن المتولِّي، أو بإذنه وكان مُعظَمُ نفعِه يرجع إلى الباني، (فإن بنى للوقف: فهو وقفٌ، وإن بنى لنفسِه أو أطلَق): فليس بوقف، وإن أراد[2] المتولِّي رَفْعَه: (رفَعَه)، أي: البناء، (لو لم يضُرَّ)، أي: الرفعُ بالأرض، (وإن أضرَّ) الرفعُ: (فهو)، أي: الباني، (المُضيِّعُ لماله، فليتربَّصْ إلى خَلاصه)؛ لأنه لا يملك رفعَه؛ لما فيه من ضرر الوقف، ولا الانتفاعَ به؛ لما فيه من التصرُّف معه بأرض الوقف، فقد ضيَّع ماله، «خيرية»[3].

وفي «الدر المنتقى»: «أي: فيتملَّكه الناظر قَهْرًا عليه لجهة الوقف بقيمته مستحَقَّ القلع، أو يصبِر إلى أن يتخلَّص بناؤه ثم يأخُذه. ولا يكون بناؤه مانعًا من صحَّة الإجارة بغيره؛ إذ لا يدَ له عليه حيث لا يملك رفعَه»[4].

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، الاستدانة لأجل العمارة في الوقف (٥/ ٢٢٩).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وإن أراد... إلخ، إشارة إلى أن الخيار للمتولي، لا للباني، ويأتي قريبا بقيته، وأن كلا لا يجبر، انتهى).

(٣) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: للمتكلم على الوقف الدعوى (١/ ١٧٤).

(٤) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٥٩٩).

وهذه مسألة الدار المُستأجَرة إذا بنى فيها وتمَّتْ إجارتُه، أو زاد الأجرُ ولم يستأجِرْها بأجر المثل: فإنه يُؤمر برفع البناء إن لم يضُرَّ، على ما ذكره.

(وفي بعض الكتب)، وعليه أصحابُ المتون، «وينبغي التعويلُ عليه»، «خيرية»[١]، قال: «وبمثله صرَّح الخصَّاف، وهو **المُختار**»، (للناظر تملُّكُه)، أي: البناء، (بأقلِّ القيمتَين منزوعًا)، أي: مستحَقَّ النزع، (وغيرَ منزوعٍ)، أي: مستحَقَّه. وكلامُه يُشير إلى أن الناظر لا يُجبَر.

وفي «الخيرية» تحريرٌ يؤُول إلى التوفيق بين القولَين، قال: «إذا أضرَّ الرفعُ: ليس له أن يرفع، وبعد ذلك إن رضِي المُستأجِر أن يأخُذ القيمةَ، ويترك البناء على المتولِّي: كان له أن يدفع القيمةَ ويتملَّك البناء، وإن لم يرضَ المتولِّي: يتربَّص إلى أن يتخلَّص مالُه، «خانية»[٢]». قال: «وهذا صريحٌ في أن كُلًّا من المتولي والمستأجر لا يُجبَر. ووجهُه ظاهر؛ لأنه معاوَضة، وهي متوقِّفةٌ على التراضي»[٣].

و**الحاصل**: أن العلائي في شرحَيه على «الملتقى» و«التنوير» حرَّر على ما فهِم من كلام القوم في هذه المسألة أن المتولي إذا عمَّر بماله وأشهَد أن ذلك له، وكذا

---

(١) «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: للمتكلم على الوقف الدعوى (١/ ١٧٤).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في إجارة الأوقاف ومزارعتها (٣/ ٣٣٤).
وعبارتها: «وإن كان رفع البناء يضر بالوقف: ليس له أن يرفع البناء، فبعد ذلك إن رضي المستأجر أن يأخذ قيمة البناء ويترك البناء على المتولي: كان للمتولي أن يدفع إليه القيمة، ينظر إلى قيمة البناء مبنيا وإلى قيمته منزوعا، أيهما كان أقل يتملكه المتولي بذلك، فيصير البناء وقفا مع الأرض. وإن كان رفع البناء يضر بالأرض، فأبى المتولي أن يدفع إليه القيمة ويتملك البناء: لا يجبر المتولي، بل يتربص صاحب البناء إلى أن يتخلص ماله فيأخذ».

(٣) «الفتاوى الخيرية»، كتاب الإجارة، مطلب: في إذن المتولي للمستأجر أن يعمر لنفسه (٢/ ١٣٧).

الأجنبيُّ إذا عمَّر بغير إذنِ الناظر أو أطلق: فللقيِّمِ أو الحاكمِ أن يرفعَ البناء إن لم يضُرَّ. وإن أضرَّ، فإن أراد تملُّكَه للوقف جَبْرًا على الباني: فله ذلك إن كان للوقف غلَّةٌ فيها كفاية، وإلا فيؤجِّره ويؤدِّي من أُجرته. وإن لم يُرِدْ، أو لم يكُنْ في الوقف غلَّةٌ ولا يمكن إجارتُه: فيبقى العمارةُ لصاحبها إلى أن تخلص، ومع ذلك له إجارةُ الأرض للغير، وعليه أجرةُ المثل إن بقِيت في يده.

قال: وهذا في غير الأرض المُحتكَرة. أما فيها، «فإن أبى عن الاستئجار بأجر المثل، فإن لو[1] رُفعِت عمارتُه تُستأجَر بأكثرَ مما يستأجِره: أَمَر بالرفع وتؤجَّر لغيره، وإلا تُتْرَك في يده بذلك الأجر»، كما في «البحر»[2].

وأيضًا هذا في غير الزيادة على المستأجر. أما فيها، فلو زِيدَ عليه، فإنْ إجارتُه مُشاهَرةً: تنفسِخُ في رأس الشهر، ثم إن ضرَّ رفعُ البناء: لم يُرفَع، وإن لم يضُرَّ: رُفِع أو يتملَّكه القيِّمُ برضا المستأجِر، فإن لم يرضَ: يبقَى إلى أن يخلُص مِلكُه، فيأخُذه بمال الوقف، وإنْ اجارتُه مُسانَهةً أو مُدَّةً طويلة، فإن كانت الزيادةُ بسبب العمارة: لا تُقبَل، وإلا قُبِلت.

وفي «الفتاوى الخيرية» المتقدِّم ما يُخالف هذا التحرير[3].

---

(١) أي: إن كانت العمارة بحيث لو رفعت تستأجر... إلخ.

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، تصرفات الناظر في الوقف (٥/ ٢٥٦).

(٣) وفي هامش (ع): (قال بعد ما تقدم: فتحرر من هذا أن البناء ملكه، والعرصة للوقف. وقد صرح في «البزازية» أن الأرض لو كانت وقفا، والبناء ملكا، وأجر المتولي بإذن مالك البناء: فإن الأجرة تقسم عليهما، وينظر بكم يستأجر كل. وهذا إذا أنشأ حانوت الوقف من أصله. أما إذا استرمَّه، فإن وضع خشبة أو حجرا من ماله أو شيئا له قيمة بعد الرفع: يدفع له المتولي قيمتَه من غير تخيير إن ضرَّ الوقفَ رفعُه أو لا، وإن زاد شيئا لا قيمة له كالتراب مثلا: لا يرجع بشيء، وإن أنفق على طينته ومرمته للأجر بإذنه: يرجع عليه بما أنفق؛ لأن الإذن يوجب الرجوع. قال: فتنبه لما حررته، فإنه مفرد واعتمده، انتهى). =

ومقتضى كلام المصنِّف إنْ أراد المُتولِّي رفعَه لو لم يضُرَّ رفعُه؛ جَبْرًا على الباني، وإن أضرَّ: لا يُجبَر المتولِّي على دفع القيمة، بل يُبقيه، ومع ذلك إذا أراد دفعَ القيمة هل يجبر الباني على القبول؟ مقتضى قوله: المضيِّع لماله، أنه لا يجبَر، ويتربَّص، تأمَّل.

وقوله: في بعض الكتب، يشير إلى أنه يجوز للناظر أن يتملَّكه جبْرًا على الباني، ولا يُجبَر المتولي على التملُّك. قال في إجارة «الخيرية»: «ما في بعض الكُتب هو **المُختار**».

[فرع: آجَر الناظرُ الوقفَ ثم مات]

(**الناظر إذا آجَر**) الوقفَ (**ثم مات: فإنَّ الإجارة**)، أي: إجارته، (**لا تنفسِخ**) بموته، (**إلا إذا كان هو**)، أي: الناظرُ المؤجِّرُ، (**الموقوفَ عليه، وكان جميعُ الرَّيعِ له، فإنها**)، أي: الإجارة، (**تنفسِخ بموته**)؛ لأنها بمنزلة إجارة المالِك لعدم المُزاحِم له، بخلاف ما إذا كان المُستحِقُّ غيرَه، فإنه تَترجَّح مشابهتُه بالوكيل والوصيِّ، فلا تنتقِض بموته.

(**كما حرَّره ابنُ وهبان مُعزِيًا إلى عدَّة كتب**). قال في «الوهبانية»:

«ويبطل إيجارُ امرءٍ وهو بعده ... لشخصٍ على التعيين إن مات مُوجِرُ

نقل عن الناطفي أنه لو وقَف على فقراء قرابته ما توالَدوا أو ما تناسَلوا، الأقرب فالأقرب، فآجرها الأقربُ عشَر سنين، ثم مات قبل انقضاء المُدَّة: لا تبطُل الإجارة، وتُصرَف أُجرةُ ما بقِي إلى مَن يليه. ولا يشبه هذا ما إذا وقف على قوم مسمَّين بأعيانهم إذا مات فلانٌ فعلى فلانٍ، فإنها تبطل بموت المؤجِّر، ويرجع

= انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الإجارة، مطلب: في إذن المتولي للمستأجر أن يعمر لنفسه (٢/ ١٣٨).

بما بقي من الأُجرة في ترِكة الميِّت. ونقلها الناطفيُّ عن هِلال، ومثلُه في «القُنية».

ثم نقل عن «الذخيرة» أنها لا تبطُل بموت الموقوف عليه؛ لأنه ليس بمالِكٍ للرقَبة، وإنما حقُّه في الغلَّة[1].

ثم قال: ولا مُنافاةَ بين ما ذكره الناطفي و«القنية» وبين ما في «الذخيرة»؛ يُحمَل ما في «الذخيرة» على ما إذا آجرها الناظرُ الغيرُ المستحِق لجميع الرَّيع، لا الموقوفُ عليه المستحِقُّ لجميع الريع، ومِن بعده على معيَّنٍ، يعني: على الصورة الأُولى، لا الثانية، وعلَّل بما قدَّمناه.

ثم قال: **والحاصل**: أن من آجَر لنفسه بولايةٍ أو بغيرها، وهو مستحِقٌّ لجميع الريع وهو مِن بعده لمُعيَّنٍ: تبطُل الإجارةُ بموته»[2].

ومثله في «خِزانة المفتِين». وقال في «خزانة الأكمل»: «إذا مات المُؤجِّر: لا تنتقض الإجارةُ إذا كان الوقف على قوم غير معيَّنين، ولو كان على معيَّنين: تنتقض بموت المؤجر قياسًا، وفي الاستحسان: لا تنتقض في الوجهَين»[3].

(ولكن إطلاق المُتون يُخالفه)، أي: يخالف ما حرَّره ابن وهبان، فإنهم قالوا: لا تنفسخ الإجارةُ بموت المؤجِّر في الوقف، فيشمَل ما إذا كان هو المستحِقَّ بمفرَدِه أو لا. وبإطلاق المتون أفتى قارئُ «الهداية» والمصنِّفُ رحمه الله تعالى، وكذا الخيرُ الرَّملي، قال: لا تنفسخ الإجارة بموت المؤجِّر، كما صرَّح به علماؤنا قاطِبة.

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوقف، الفصل الخامس عشر في تصرف القيم في الوقف، نوع: للقيم على الوقف أن يؤاجر (٨/ ٤٨٦).

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥).

(٣) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، إجارة الوقف (٤/ ٤٥٧).

إذا علمتَ ذلك: علمتَ أن هذا التحرير لا يُقضَى به على ما عليه المتونُ والشروحُ وغالبُ الفتاوى التي عليها المُحرَّر.

وإذا احتاج الوقفُ إلى العمارة فهل للناظر أن يَستدِين بها إذا لم يكُنْ في يده من غلَّات الوقف شيءٌ ليرجِع على الوقف؟ فمنَعها هلالٌ مطلقًا؛ لأن الدَّين لا يجب ابتداء إلا في الذمَّة، والوقفُ لا ذِمَّة له، والفقراءُ وإنْ كان لهم ذمةٌ إلا أنهم لكثرتهم لا تُتصوَّر مطالبتُهم، فلا يثبُت الدَّينُ من الناظر إلا عليه، وما وجب عليه لا يمكن قضاؤه من غلَّته، بخلاف الوصي، فإنه يستدين على معيَّنٍ، قال الفقيه أبو جعفر: **والقياس يترك للضرورة.**

وحمل ابنُ الشحنة كلامَ هلالٍ على ما إذا لم يأذَنْ القاضي، ويُبعِده تفريقُه بينه وبين الوصيِّ، تأمَّلْ.

[مطلب: في الاستدانة على الوقف]

والحقُّ ما قاله المصنِّف: (الاستدانةُ)، أي: استدانة المتولِّي، (على الوقف) الأهليِّ وغيرِه: (لا يجوز). وهي أن يشتري للوقف شيئًا، وليس في يده شيءٌ من غلَّاته؛ ليرجع به فيما يحدُث من غلَّات الوقف. فإن كان في يده شيءٌ من غلَّات الوقف، ونقَد من مال نفسه: كان له أن يرجع، وإن لم يكُن ذلك بأمر القاضي. ولا يخفى أن قوله: وليس في يده شيء من غلَّات الوقف، صادقٌ بأن لا يكون أصلا، أو يكون فيما يأتي وليس في يده الآن.

وقوله: (إلا إذا احتيجَ إليها)، إلا إذا احتاج الناظرُ إلى الاستدانة (لمَصلحةِ الوقف)، فإنه حينئذ تجوز الاستدانة؛ لما علمتَ أن **القياس يُترك للضرورة**، وذلك (كتعميرٍ) اقتضاه الوقفُ، (وشراءِ بَذْرٍ) للأرض، وحصيرٍ وزيتٍ، والصرف لأرباب الشعائر، أو كان زرعُ أرضِ الوقف يأكله الجرَادُ، فيحتاج في جمعه لنفقةٍ، أو طالَب

السلطانُ بالخرَاج، (فتجوز) حينئذ الاستدانةُ (بشرطَين)، ويرجع على الوقف. هذا إذا لم يكن بأمر الواقف، وإلا فله الاستدانةُ مطلقًا.

الشرط (الأوَّلُ: إذنُ القاضي)، بأن يرفع الأمرَ إليه ليأمُرَه بالاستدانة؛ لأن القاضي ولايتُه أعمُّ في مصالح المسلمين، فلو استدان من غير إذنه: فهو متبرِّعٌ، «ولا يرجع على الوقف، أنفَق ليرجِع أو لا، رفَع الأمرَ إلى القاضي أو لا، برهَن على ذلك أو لا»، «بحر»[١]. قال الصدر الشهيد: هو **المختار**، وقال الفقيه أبو جعفر: إن هذا الأحوط، وإلا فلو استدان بنفسه: صح.

وهذا إذا أمكنه الوصولُ إلى القاضي، بأن كان في ولايته، وإلا فيستدين بنفسه.

ويقيَّد أيضا بما «إذا لم يكن في تلك السَّنَة غلَّةٌ. وأما إذا كان، وفرَّقها على المساكين، ولم يمسِكْ للخراج شيئًا: فإنه يضمَن حصَّةَ الخراج»، كذا في «أنفع الوسائل»[٢].

«وهل إذا ادَّعى الإذنَ يقبل قولُه بلا بيِّنة؟ الظاهر: لا؛ لأن المتولي وإن كان مقبولَ القول إلا أنه[٣] فيما في يده. وأما هنا، فيريد الرجوعَ في الغلَّة، فلا يقبل فيها إلا ببيِّنة»، «شيخنا»[٤].

الشرط (الثاني: أن لا يتيسَّر إجارةُ العين)، أي: عين الوقف، ولو إجارةً طويلة، «بيري»[٥]، (والصرفُ) على العمارة (من أُجرتها)، وإلا فلا تجوز الاستدانة.

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، الاستدانة لأجل العمارة في الوقف (٥/ ٢٢٩).

(٢) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة الثانية عشرة: الاستدانة على الوقف للحاجة (ص ٢٢٤).

(٣) أي: يقبل قوله.

(٤) انظر: «عمدة الناظر» (ل/ ١٣٥/ ب).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٥٣).

وهذا الشرط ذكره الطرسوسي في «شرح الفوائد»، واستشهد له بما تقدَّم من أنه تجوز الاستدانةُ إذا لم يكن له بدٌّ منها، وإلا فلا، وهنا أمكن الإجارةُ، فاندفعت الضرورة.

ونازَعه ابنُ وهبان بأن عدم إمكانِ الإجارة ليس شرطًا في جواز الاستدانة؛ لجواز أن يكون الاستغلالُ أنفعَ للوقف، واستدلَّ بما في «الخانية»: «عن أبي جعفر: إذا لم يذكُر الواقفُ في أصل الوقف إجارتَه: فعلى القيِّم ما هو أدرُّ وأنفعُ للفقراء من الإجارة والمزارعة»[(١)]، انتهى.

وما أجاب عنه ابنُ الشحنة من أن الأرض ربما لا يطلُع فيها ما يَفِي بالبذر، فيضُرُّ بأهل الوقف، فمدفوعٌ بما قاله في «إجابة السائل» بأن هذا الضررَ موهومٌ.

فقولُه: كما حرَّره ابنُ وهبان، لعله: كذا حرَّره الطرسوسي؛ إذ التحريرُ للطرسوسي في هذا الشرط، وما زعمه ابنُ وهبان كما علمتَه.

(**وليس من الضرورة**) المجبورةِ للاستدانة (**الصرف إلى المُستحِقِّين، كما في «القنية»**)؛ لتأخُّرهم عن العمارة، فلا تجوز الاستدانةُ ولو بإذن القاضي. وهذا إذا لم يكونوا أربابَ الشعائر، كما في «إجابة السائل» عن «الفصولَين».

(**والاستدانة**) التي تجوز للناظر هي: (**القرضُ، أو الشِّراء بالنسيئة**)، لا غير. ولذا لو أنفق القيِّمُ من مال نفسه على المُستحِقِّين، أو أدخل جَذَعًا له في الوقف: لا يكون من الاستدانة، وله الرجوعُ إن أشهَد ليرجِع.

وهل إذا أذِن الناظرُ لإنسانٍ بالصرف على المستحقِّين من ماله قبل مجيء الغلَّة: هل يكون من قبيل الاستدانة فلا تجوز لعدم إذنِ القاضي، أو من قَبيل ما إذا صرَف

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، آخر باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٣٠١).

من ماله فيرجع؟ الظاهر: الأوَّلُ، وإلا فإن قلنا بالثاني يَرِدُ عليه ما في «جامع الفصولين» أن «الوكيل بالشراء لو لم يقبَضْ ثمنه حتى لقي الآمر، فقال: بعتُ من فلان وأنا أقضيك عنه ثمنَه، يكون متطوِّعًا، ولا يرجع على المشتري، ولو قال: أنا أقضيك ثمنَه على أن يكون المالُ الذي على المشتري لي، لم يجُزْ، ورجع الوكيلُ على موكِّله بما دفع»(١)، وبما(٢) في «العُدَّة»: «بيَّاعٌ عنده بضائعُ الناس، أمَروه ببيعها، فباعها بثمنٍ، وعجَّل الثمنَ من ماله إلى أصحابها على أن الثمن له إذا قبَضه، فأفلَس المُشتَرون: فللبائع أن يَستَرِدَّ ما دفع إلى أصحاب البضائع»، انتهى. نقله شيخُنا عن بعض الأفاضل(٣).

[فرع: يجوز للمتولِّي أن متاعًا بأكثرَ من قيمته ويبيعَه للوقف]

(وهل يجوز للمتولِّي) إذا أراد الاستدانةَ التي لا بُدَّ منها، وما أمكن القرضُ ولا الشراءُ بالنسيئة، (أن يشتريَ) بإذن القاضي (مَتاعًا بأكثرَ من قيمته، ويبيعَه) بقيمته، (ويصرِفَه على العمارة، ويكون الربحُ)، يعني: الزائد عن القيمة، محسوبًا (على الوقف) يرجع به على غلَّته؟

(الجواب) في هذه المسألة: (نعم)؛ يجوز له ذلك، (كما حرَّره ابنُ وهبان)، وقال: «لا جواب في هذه المسألة عن المشايخ. والظاهر أنه لا يُعدَل عن القرض إلى ما فيه ربحٌ، إلا أن لا يجِدَ إلا بربح، فيستأمِر القاضي ويفعل، وإلا أدَّى إلى خَراب الوقف، لا سيما في زماننا؛ لقلَّة القرض فيه»(٤).

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي والقاضي والمتولي والمأمورين (٢/ ١٩).

(٢) كذا في النسخ، ولعل الأولى: (ما)؛ عطفا على قوله: (ما في «جامع الفصولين»).

(٣) «عمدة الناظر» (ل/ ١٣٦/ أ).

(٤) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٥٢).

واستظهر له بما في «الخانية» من أنه فسَّر الاستدانةَ بشيئَين، فقال: «الأوَّل: أن لا يكون في الوقف غلةٌ، فيحتاج إلى القرض والاستدانة. الثاني: أن يشتري للوقف شيئًا، وليس في يده من غلَّات الوقف شيءٌ، ليرجع بذلك فيما يحدُث من غلَّات الوقف»[(١)]، انتهى. فقوله: يحتاج إلى القرض والاستدانة، يقتضي أن الاستدانة غيرُ القرض.

ونقل الشيخ عبد البر عن «القنية» ما يخالفه، قال: «قال البُصَراء للقيِّم: إن لم يهدم المسجدَ العامَ يكون ضرَرُه في القابل أعظمُ: فله هدمُه وإن خالفه بعضُ أهل المحلَّة، وليس له التأخيرُ إذا أمكنه العمارة، فإذا هدَمه ولم يكن فيه غلةٌ للعمارة في الحال: استقرَض العشرة بثلاثة عشر في سَنَةٍ، واشتَرى من المُقرِض شيئًا يسيرًا بثلاثة دنانير، يرجع في غلَّته بالعشرة ويضمَن الزيادة. فهذا صريحٌ في أنه يضمن الرِّبح، فتأمَّل»[(٢)]، انتهى. ومثلُه في «التاتارخانية»[(٣)].

قال البيري: «وهذا الذي نُفتِي به؛ لأن مَنشأ التحرير عدمُ الوقوف على المنقول»[(٤)]. وبه أفتى الخيرُ الرملي معتمِدًا على ما في «القنية» و«التاتارخانية».

[فائدة: لا يُشتَرط لصحَّة الوقف على شيءٍ وجودُه وقتَه]

(لا يشترط لصحة الوقف على شيءٍ وجودُ ذلك الشيء وقتَه)، أي: الوقف، يعني: «إذا جعل آخِرَه للفقراء، حتى لا يكونَ وقفًا على معدوم محضٍ: فإنه لا

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٢٩٨ و٣/ ٣٠٠).

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٥٣).

(٣) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوقف، الفصل الواحد والعشرون في مسائل وقف المساجد (٨/ ١٦٢).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٥٤).

يجوز، كما في «الجوهرة»(١)، «[ولذلك يجوز الوقف لو](٢) قال: صدقة موقوفة»، كما في «الخانية»(٣). وذكر أنه يكون كأنه قال: «أرضي صدقةٌ موقوفة على الفقراء، إلا إن حدَث له ولدٌ، فغلّتُها له ما بقي»(٤)، انتهى. ففي المسألتَين لا يكون الوقف على المعدوم المحض»، «حموي»(٥).

(فلو وقف على أولاد زيدٍ، ولا ولدَ له: صحَّ، وتُصرَف الغلةُ إلى الفقراء إلى أن يوجَد له)، أي: لزَيدٍ، (ولدٌ)، فإذا وُجِد تُصرَف الغلّة الحاصلةُ بعد ولادتِه إليه.

(واختلفوا)، أي: المتأخِّرون، والظاهر أن هذا الخلاف بطريق الاستنباط، كما يدل عليه آخِرُ كلامه، (فيما إذا وقف على مدرسة أو مسجد، وهَيَّأ مكانًا لبنائه قبل أن يبنيَه)، متعلِّقٌ بـ«وقف»، هل يصح هذا الوقفُ أو لا؟ (الصحيحُ: الجواز)، وتُصرَف الغلّة إلى الفقراء إلى أن يبني، فإذا بنى صرف إلى ما بنى؛ (أخذًا من المسألة السابقة)، أي: قياسًا على صحة الوقف على الولد»، (كما في «فتح القدير»(٦))، بل قال في «الفصولين»: «إنه أَولى؛ لأن مكان الوقف موجودٌ، بخلاف الولد»، انتهى.

[فائدة: إقالةُ الناظر عقدَ الإجارة جائزةٌ، إلا في مسألتين]

(إقالةُ الناظر عقدَ الإجارة) الصادرةِ منه أو من غيره: (جائزةٌ) إذا كان خيرًا

---

(١) قال في «الجوهرة النيرة»، أواخر كتاب الوقف (١/ ٣٣٥): «ولو وقف على معدوم، كالوقف على ولده، ولا ولد له: لم يجز».

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من «غمز عيون البصائر»، وفي النسخ: [أو].

(٣) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في ألفاظ الوقف (٣/ ٢٨٧).

(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٨٧).

(٥) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦).

(٦) «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢١٥ ـ ٢١٦).

للوقف، كما في «الدر المختار»[١] و«البيري»[٢]، (إلا في مسألتَين):

(**الأُولى: إذا كان العاقدُ للإجارة ناظرًا قبله**)، فإنها لا تجوز هذه الإقالة، (**كما فُهِم من تعليلهم**). قال في «القنية»: «باع القيِّم دارًا اشتراها بمال الوقف: فله أن يُقيلَ البيعَ مع المشتري إذا لم يكن البيعُ بأكثرَ من ثمن المثل. وكذا إذا عُزِل ونُصِب غيرُه: فللمنصوب إقالتُه بلا خلاف»، انتهى.

وينبغي أن تكون الإجارةُ كذلك؛ لأنها بيعُ المنفعة، أو يُفرَّق بين الإجارة والبيع، فليُحرَّر.

(**الثانية: إذا كان الناظرُ تعجَّل الأُجرةَ**) فلا تصحُّ إقالةُ الإجارة، (**كما في «القنية»**). قال فيها: «للقيِّم أن يفسخ الإجارةَ مع المستأجر قبل قبض الأُجرة، وينفذ فسخُه على الوقف، وبعد القبض لا». (**ومشَى عليه ابنُ وهبان**) في «منظومته»[٣].

وفي «الظهيرية»: «الوكيل بالإجارة إذا نقَض الإجارة مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة: صحَّ، سواء كانت الأُجرة عينًا أو دينًا»، انتهى.

وهل يصح البراءةُ عن الأُجرة بعد تمام المُدَّة؟ تصحُّ عند الإمام ويضمن.

وفي «الخلاصة»: «للوكيل بالبيع أن يأخذ بالثمن رهنًا وكفيلا. أما الحوالة، والإقالة، والحطُّ، والإبراءُ، والتجوُّز بدون حقِّه، فيجوز عندهما، خلافًا للثاني. والوصيُّ والمُتولِّي والأبُ كالوكيل. ولو أبرأ المشتريَ عن الثمن: صحَّ عندهما إن لم يقبضه، وإلا فلا يملك فيه الحطَّ ولا الإقالة ولا الإبراء»[٤]، انتهى.

---

(١) انظر: «الدر المختار»، كتاب الوقف (ص ٣٨٢).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٥٥).

(٣) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٩).

(٤) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في الوكالة بالبيع (٤/ ١٥٥).

[فائدة: استبدالُ الوقفِ العامِرِ لا يجوز، إلا في مسائل]

(استبدالُ الوقف العامِرِ لا يجوز)، والحكمُ به باطل. فلو قامت البيِّنةُ على مسوِّغات الاستبدال، واستبدلَها الحاكم بناءً على ذلك، ثم ظهر أن الوقف لم يكن فيه مسوِّغُ الاستبدال بشهادة عدلَين، وكان الحِسُّ يقضي بأن عمارتها آنَ الاستبدالِ هي العمارةُ القائمة في هذا الزمان: فالقضاءُ بشهادة شهودِ الاستبدال حينئذ باطلٌ[1]؛ إذ هو مبنيٌّ على شهادةٍ يُكذِّبها الحسُّ، فهو بمنزلة من جاء حيًّا بعد الحكم بموته، وبذلك **أفتى** الشهابُ أحمد بن الشَّلَبي والخيرُ الرملي، وهي كثيرةُ الوقوع في زماننا، فليُحفَظ.

(إلا في مسائلَ)، فإنه يجوز استبدالُ الوقف العامر:

(الأُولى: لو شرَطه)، أي: الاستبدال، (الواقفُ)، بأن قال: على أن أبيعَها وأشتريَ بثمنها أرضًا أُخرى أُوقِفها مكانَها، صحَّ الوقفُ والشِّراء، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الاستبدال عنده من باب الاستخلاف، ولذا جوَّز شرطَ الاستبدال في أصل الوقف، وهو **الصحيح**، واختاره الخصَّاف وهِلال، وفي «الخانية»: «**وعليه الفتوى**»[2]. وعند محمد: هو من باب العقود، فلم يجوِّزْه في أصل الوقف، فيبطُل الشرطُ دون الوقف.

ثم لا بد أن يقول: وأَستبدِل، أو ما يدل عليه استحسانًا، كـ«أشتري أرضًا مكانها». ولو لم يقل ذلك بطل الوقفُ، لا فرق بين أن يخُصَّه لنفسه، أو يشرطه لغيره، أو لكلِّ من يلي هذه الصدقة، وتكون الثانيةُ وقفًا بشرائطه.

---

(١) في هامش (ع): (مطلب: إذا كانت بينة الاستبدال يكذبها الحس فهي باطلة).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٥ ـ ٣٠٦). وفيه تصحيح قول أبي يوسف وهلال، لا أن الفتوى عليه.

وليس له أن يستبدل بالثانية ثالثةً إلا أن يشترط في أصله. ولو قال: أستبدل بها دارًا، ليس له أن يستبدِل بها أرضًا، وبالعكس، وفي بلدةٍ كذا، ليس له أن يستبدل في غيرها، قال في «الفتح»: «إلا أن تكون خيرًا منها»[١].

ولو أطلق: له أن يستبدل بها ما شاء من أنواع العقار. وقيَّد ذلك في «القنية» بما إذا كانت الدارُ المُستبدَلة في محلَّةِ الدار المستبدَل بها، أو تكون المحلَّةُ خيرًا من المحلَّة الأُولى، وعلى عكسه لا تجوز.

ولا يجوز بغبَن فاحش عند هلال وأبي يوسف. وذكر الخصَّاف أن للواقف هبتَها بعوَضٍ ما، وبقيمتها، أو أكثرَ، أو أقلَّ، مما يتغابن الناسُ فيه، لا لغيره.

وهل له أن يستبدل بالدراهم والدنانير؟ نعم؛ له ذلك إذا رأى المَصلحة، كما هو مقتضى كلام «الخانية»[٢] و«التاتارخانية»[٣]، وإن بحَث فيه المصنِّف من كون النُّظَّار يأكُلونها، قال أخوه في «النهر»: «وقد رأيتُ بعضَ المَوالي يَميل إلى هذا ـ

(١) الذي في «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٢٨ ـ ٢٢٩): «والحاصل أن الاستبدال إما عن شرطه الاستبدال، وهو مسألة الكتاب، أو لا عن شرط، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه، كالصورتين المذكورتين لقاضي خان، وإن كان لا لذلك، بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به: فينبغي أن لا يجوز؛ لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى، ولأنه لا موجب لتجويزه؛ لأن الموجب في الأول الشرط، وفي الثاني الضرورة، ولا ضرورة في هذا؛ إذ لا تجب الزيادة فيه، بل تبقيته كما كان». ثم قال: «ولو قال: بأرض من البصرة، ليس له أن يستبدل من غيرها؛ لأن الأماكن قد تختلف في جودة الأرض، وينبغي إن كانت أحسن أن لا يجوز؛ لأنه خلاف إلى خير». والله أعلم.

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٧).

(٣) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوقف، الفصل الرابع فيما يتعلق بالشرط في الوقف (٨/ ٤٢).

يعني: ما في «البحر»[١] ـ ويعتمده، وأنت خبيرٌ بأن المستبدِل إذا كان قاضي الجنة: فالنفسُ به مطمئِنَّة، فلا يُخشَى الضَّياع، ولو بالدراهم والدنانير»[٢]. وأفتى بما في «النهر» الخيرُ الرملي، وسيأتي بقيةُ الكلام على ذلك.

«وإذا مات الواقفُ ولم يستبدِل بها، وأوصَى إلى وصيِّه الاستبدال: لا يملكه، إلا أن يشرط في أصله لكلِّ مَن ولِيَه، فيملِكه كلُّ من ولِي. ولو قال: على أن لفلانٍ ولايةَ الاستبدال، ومات: لم يكن لفلان الاستبدالُ، إلا أن يكون شرطُ الولاية له بعده، وهذا عند أبي يوسف وهلال؛ لأن القيِّم وكيلُ الفقراء. ولو شرط لنفسه ولغيره: له الانفرادُ، لا للغير.

ولو رُدَّتْ الدارُ الموقوفة بعد البيع بعَيبٍ دون قضاءِ القاضي: عادت ملكًا له، وكانت الثانيةُ وقفًا. فلو استُحِقَّتْ الموقوفة بعد البيع: لم تكن الثانيةُ وقفًا استحسانًا»، كذا في «شرح الوهبانية» لابن الشحنة[٣].

وفي «إجابة السائل»: ولو أقاله البيعَ: لم يكن له الاستبدال ثانيًا إلا أن يشترطه، بخلاف ما إذا رُدَّتْ بخيار الرُّؤية، أو بقضاءٍ، أو أبطل من له خيارُ الشرط خيارَه، فله بيعُها ثانيًا. هذا كلُّه في الأرض. وأما اشتراط ذلك في المسجد، فباطلٌ؛ لأن المسجد يُراد منه الصلاة، وفي غيره يُراد الغلَّة، ورُبَّما يقِلُّ الرَّيع فيُفيد الاشتراط»، انتهى.

وفي «الفتح»: «على وزان الاستبدال، لو شرط لنفسه الزيادةَ والنقصان في

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤١).

(٢) «النهر الفائق»، كتاب الوقف (٣/ ٣٢٠).

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٥٩).

المعاليم والإخراج والإدخال: كان له، وليس لغيره أن يفعله. وإذا أدخَل أو أخرج مرَّةً: ليس له ذلك ثانيًا إلا أن يشترطه»(١).

وفي «شرح الوهبانية»: «وقع السؤالُ أن الواقف لو جعل لنفسه التبديلَ والتغيير، والإدخالَ والإخراج، والزيادةَ والنقصان، ثم فسَّر التبديل باستبدال الوقف، هل يصحُّ ذلك ويكون له ولايةُ الاستبدال؟ أفتى الوالدُ بصحة ذلك؛ لأن **التأسيس خيرٌ من التأكيد**، ولفظ «التبديل» صالحٌ لذلك، ووافَقه بعضُ الحنفية، وخالفه آخرون. ثم وقع سؤالٌ آخر عن واقفٍ شرَط لنفسه ما سبق، ثم الاستبدالَ بمقتضى ذلك الشرط، اضطربت الآراءُ فيه، وأفتى(٢) رحمه الله بالصحة، قال: وأظنُّ أن الشيخ الوالد وافَقني على ذلك»(٣)، فليراجع.

المسألة (**الثانية: إذا غصَبه**)، أي: الوقف، (**غاصبٌ، وأجرَى الماءَ عليه حتى صار بحرًا لا يصلُح للزراعة: فيُضمِّنه**)، أي: المتولِّي الغاصبَ، (**القيمةَ**)، أي: قيمة الوقف المغصوب، (**ويشتري بها**)، أي: القيمة، (**أرضًا بدلا**) عن الأُولى، فتكون وقفًا مكانَها.

المسألة (**الثالثة: أن يجحَده**)، أي: الوقف، (**الغاصبُ**)، بأن غصب رجلٌ عقارَ الوقف وأنكره، (**ولا بيِّنةَ**) تشهَد بأنه وقفٌ: يجوز أن يستبدِل بها أُخرى. (**وهي**)، أي: هذه المسألة (**في «الخانية»**). قال فيها: «رجلٌ وقف موضعًا في صحته، وأخرجه عن يده، واستولى عليه غاصبٌ، وحال بينه وبين الوقف: قال الشيخ محمد بن الفضل: يأخذ من الغاصب قيمتَه، ويشتري بها موضعا آخر، فيوقِفه على شرائط الأوَّل. قيل

---

(١) «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٢٨).

(٢) أي: شارح «الوهبانية»، ابن الشحنة.

(٣) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٥٩ ـ ٢٦٠).

له: أليس بيعُ الوقف لا يجوز؟ فقال: إذا كان الغاصب جاحدًا، وليس للوقف بيِّنةٌ: يصير مستهلَكًا، [والشيءُ المسبَّل إذا صار مستهلَكًا يجب به الاستبدال]، كالفرس المسبَّل إذا قُتِل، وكالعبد الموصى بخدمة [الكعبة] إذا قتل»(١)، انتهى.

وفي «البيري»: «هذا استحسانٌ أخذ به المشايخُ»(٢).

«فإن قلتَ: كيف يقع الاستبدال مع جحود الغاصب؟ قلنا: يمكن أن يصالِحَ الغاصبُ الناظرَ على مالٍ صُلْحًا عن إنكار، فيجوز له أخذُ المال المصالَح عليه والاستبدالُ به عن الوقف»، «حموي»(٣).

واعلم أن جواز الاستبدال إذا لم يشرِطْه الواقفُ لنفسه لا يصحُّ إلا بإذن القاضي، ويُقيَّد بما ذكره المصنِّف. وروى هشام عن محمد أن الوقف إذا صار بحالٍ لا يَنتفِع به المساكينُ: فللقاضي أن يبيعَ، ويشتري بثمنه غيرَه، وليس ذلك لغير القاضي.

وفي «السِّيَر الكبير» أن استبدال الوقف باطلٌ، إلا في رواية عن أبي يوسف(٤).

وفي «المحيط»: سُئل شمسُ الأئمَّة الحلواني: إذا تعطَّلت أوقافُ المسجد، وتعذَّر استغلالُها، للمتولِّي أن يبيعَها ويشتري مكانَها أُخرى؟ قال: نعم. قيل: فإن لم تتعطَّلْ ولكن يوجد بثمنِها ما هو خيرٌ منها؟ قال: لا. قال: ومن المشايخ من لم يُجوِّز بيعَ الوقف، تعطَّل أو لم يتعطَّل، وكذا لم يجوِّز الاستبدال في الوقف، وهكذا فتوى

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في وقف المنقول (٣/ ٣١٢). وما بين المعقوفتين مستدرك منه.

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٥٦).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٢٧).

(٤) انظر: «شرح السير الكبير»، باب الحبيس في سبيل الله (٥/ ٢٥٧).

شمس الأئمة السرخسي، وهم في ذلك أتباعُ هِلال، فإنه قصَر جوازَ الاستبدال على اشتراطه، فكلامُ شمس الأئمة وظهيرِ الدين محمولٌ على عدم الاشتراط، كما في «إجابة السائل»، وإن أفهمت عبارةُ «الفتح» الإطلاق.

والحاصل: أن الاستبدال عن شرطٍ أو لا، ولا كلامَ في الأوَّل، أما الثاني: فإن كان لخروج الوقف عن الانتفاع به فينبغي أن لا يُختَلف فيه، كما ذكره المصنِّف، وفيما «إذا قلَّ نُزُل الأرض بحيث لا تحتمل الزراعةَ ولا تفضُل غلَّتُها عن مُؤْنتِها»، كما في «الخانية»[1] أيضًا؛ وإن كان منتفَعا به، وأُريد استبدالُه بما هو خيرٌ منه: ينبغي أن لا يجوز؛ لأنه لا موجِبَ لتجويزه إلا الضرورة أو الشرط، ولا ضرورة في الزيادة، فالواجب بقاءُ الوقف كما كان، وهذا الذي اختاره في «الفتح»[2]، وفي «البيري»: «إنه **الحقُّ**»[3]، لكن في «فتاوى قارئ الهداية» ما يخالفه، واختاره المصنِّف، فلذا جعله من المُستثنَيات، فقال:

المسألة (**الرابعة: أن يرغَب إنسانٌ فيه**)، أي: الوقف، (**ببدلٍ أكثرَ من غلَّتِه**)، قال البيري: «لم أر من عيَّن الأكثريَّة، والظاهر أن الأمر منوطٌ بما يراه أهلُ البصر العدول»[4]، (**وأحسن صُقْعا**)، أي: محلًّا، (**فإنه يجوز**) الاستبدال حينئذ، (**على قول أبي يوسف**) رحمه الله تعالى، (**وعليه الفتوى، كما في «فتاوى قارئ الهداية»**[5]).

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٦).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٢٨).

(٣) فيه أنه «الصواب». انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٥٨).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٥٧).

(٥) «فتاوى قارئ الهداية» (ص ٤٣).

فظهر أن هذا الشرط خاصٌّ بأبي يوسف. وأما الشرطان الأوَّلان، فمتَّفقٌ عليهما، كما قاله أبو السعود.

لكن يخالف ما أفتى به قارئُ «الهداية» [ما] قال صدر الشريعة: «إن أبا يوسف يُجوِّز الاستبدالَ من غير شرط إذا ضعُفت الأرض [عن الرَّيع]، ونحن لا نُفتي به، وقد شاهَدنا في الاستبدال ما لا يُعَدُّ ولا يُحصَى، فإن ظَلَمة القُضاة جعلوه حيلةً إلى إبطال أوقاف المسلمين»(١).

وفي «المنح»: كلام «الخانية» مختلفٌ، فتارةً يُجوِّزه للقاضي بلا شرطِ الواقف حيث رأى المَصلحة، وهو الذي ذكرناه في «المختصر»، وتارة منَع منه ولو صارت بحالٍ لا يُنتفع بها.

قال في «البحر»: «والمُعتمَد أنه يجوز للقاضي بشرط أن يخرُج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك رَيعٌ يُعمَر به، وأن لا يكون البيعُ بغبَنٍ فاحش. وشرَط في «الإسعاف» أن يكون المستبدِلُ قاضيَ الجنة، المفسَّر بذي العلم والعمل؛ لئلا يحصُل التطرُّقُ إلى إبطال أوقاف المسلمين، كما هو الغالب في زماننا(٢)»(٣)، انتهى.

قال: «وفي «إجابة السائل» لعمر بن نجيم: «وقفتُ على رسالة للعلامة قاسم، حاصلُها منعُ الاستبدال مع عدم الشرط مطلقًا، ولو كان البدلُ أكثرَ من غلَّته وأقربَ استغلالا وأقلَّ كُلفةً وأكثرَ خَراجًا. وقد اتفق فقهاؤنا على أن **الأصل في الوقف أن لا يوهَب، ولا يُرهن، ولا يُباع، ولا يُستبدَل به**، إلا أن يشرطه الواقف في وقفه لنفسه

---

(١) «شرح الوقاية»، كتاب الوقف (٣/ ٢٨٨ ـ ٢٨٩).

(٢) «الإسعاف»، فصل في شرط استبدال الوقف (ص ٣٢).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٠ ـ ٢٤١).

مرَّةً أو مِرارًا عند أبي يوسف. وإن لم يشرط ذلك، ودعت الحاجةُ إلى الاستبدال، وظهرت المصلحة فيه: قيل: رُوي عن أبي يوسف أن ذلك جائزٌ للحاكم، وعند محمد: لا عبرةَ لهذا الشرط، ولا يجوز الاستبدالُ إلا أن يكون في العين الموقوفة خلَلٌ ظاهرٌ، وتظهر المصلحةُ في الاستبدال. ثم اختلفت الرواية عنه، هل يملك ذلك الناظرُ والواقفُ أم الحاكم؟ وما قيل: إن للحاكم الاستبدالَ إذا رأى المصلحة، فمعناه عند حصول الخلَل. والدليلُ على تقييد الرواية المطلَقة بذلك ما صرَّحوا به من أن الوقف لا يُطلَب به الاسترباحُ، وأن ليس الوقف في الشرع ما يباع كلَّ يوم عند وجود ما هو أصلَحُ منه. فصار الحاصلُ المنعَ، والجوازَ بشرط أن يشرِطه، وحصولِ خلَلٍ لا ينجبِر بما ذُكر من عمارته بغلَّتِه، أو بمالِ مَن له المنفعةُ، أو بإجارته، أو استدانةٍ، لا وجودِ راغبٍ لما هو أنفعُ بلا ضرورة»، انتهى ملخَّصا.

فتحرَّر من هذا أن هذا **الشرط خلافُ المفتى به**، وإن أفتى به قارئ «الهداية».

«وفي «معروضات أبي السعود»: ورَد الأمرُ السُّلطاني في سنة [إحدى وخمسين و]تسعمائة بمنع القضاة من الاستبدال، وأن يصير بإذن السلطان؛ تبعًا لترجيح صدر الشريعة»[1].

وقد علمتَ أن هذا الأمر ما أثمَر فائدةً لمنع القضاة عن ذلك؛ لبقاء الاعتماد على تحريرهم بشاهدَي زُورٍ وزيادةٍ في المحصول. والله المستعان.

[فائدة: إجارة الوقف بأقلَّ من أُجرة المثل لا تجوز]

(إجارةُ الوقف) من متولِّيه (بأقلَّ من أُجرة المثل لا تجوز)، أي: تحرُم وتفسُد ولو كان هو المستحِقَّ؛ لجواز أن يموت قبل انقضاء المدة.

---

(١) انظر: «الدر المختار»، كتاب الوقف (ص ٣٧٣).

وفـي «البحر»: «اتفقت كلمتُهـم على أن الإجارة بدون أجر المثل فاسـدة»[١]، انتهى.

«ويلزم المستأجرَ تمامُ أجر المثل، وتؤجَّر له أو لغيره بلا عَرضٍ عليه؛ لفساد العقد»، كما في «الدر المنتقى»[٢]. «ولو كان القيِّمُ ساكتًا مع القدرة على رفعه للقاضي: لا غرامة عليه، إنما الغرامة على المُستأجِر. نعم؛ تكون إجارتُه بأقلَّ من أجر المثل خيانةً يستحِقُّ بها العزلَ»، «در منتقى»[٣].

وقيَّد هنا مسألةً لا يجب فيها أجرُ المثل: «إذا آجر الغاصبُ ما منافعُه مضمونةٌ من مالِ وقفٍ، أو يتيمٍ، أو مُعَدٍّ: فعلى المستأجر المسمى، لا أجرُ المثل، وعلى الغاصب ردُّ ما قبَضه من السُّكنى بتأويلِ عقد سكن المُرتهن أو المُستأجِر»[٤]، انتهى.

«ولـو ادَّعـى رجـلٌ الغَبْـنَ الفاحشَ، فـإن أخبـر القاضـي ذو خِبْرة أنهـا كذلك: فسَـخها، وتُعتبَـر الزيادة، وإن شـهدوا وقـتَ العقد أنها بأجـر المثل»، كمـا في «أنفع الوسـائل»[٥]، فيفسَـخها المُتولِّي، فإن امتنـع: فالقاضي.

وهي من المسائل الاثني عشر التي يُكتفَى فيها بخبر الواحد، وقد جمعها ابنُ وهبان بقوله:

«ويُـقـبَل عـدلٌ واحـدٌ فـي تـقـوُّم   وجــرحٍ وتـعـديـل وأَرْشٍ يُـقـدَّر

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، تصرفات الناظر في الوقف (٥/ ٢٥٦ _ ٢٥٨).

(٢) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٥٩٨ و٢/ ٦٠٠).

(٣) انظر: «الدر المنتقى» (٢/ ٦٠٠).

(٤) «الدر المنتقى» (٢/ ٦٠٠ _ ٦٠١).

(٥) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة الثانية من المتفرقات: الزيادة في أجرة المأجور إذا كان وقفا (ص ٣٤٥ _ ٣٤٧).

وترجمةٍ والسَّلَمِ هل هو جيِّد وإفلاسِه الإرسالِ والعيبِ يُظهر

وصومٍ على ما مرَّ أو عند علَّة وموتٍ إذا للشاهدَين يُخبِّر»[١]

وهل تُنقَض الإجارة إذا آجَرها بأجر المثل؟ «لا تُنقَض اتفاقًا»، «ملتقى»[٢].

وكذا إذا زادت الأُجرة في نفسها، لا لرغبة راغبٍ ولا لتعنُّتِ طالب، بل لغُلوِّ السعر عند الكل: فلا تعقد ثانيا، كزيادة واحد تعنُّتًا. وهذا على رواية مشايخ سمرقند، وعلى رواية الطحاوي: تفسَخ وتجدَّد للآتي من الزمان، وهو **الصحيح**، وعليه **الفتوى**. وما لم يُفسَخ كان على المستأجر المسمى. ولو أنكر زيادةَ أجر المثل، وادعى أنها إضرارٌ: فلا بد من البرهان عليه. ولو كان بحال لا تحتمل الفسخ، كالزرع لم يُحصَد: لا تفسخ، ويجب المسمى إلى زيادتها، وبعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجرُ مثلها»، «در منتقى»[٣].

(إلا إذا كان لا يرغَب أحدٌ في إجارتها إلا بالأقلِّ)، فحينئذ تجوز بالأقلِّ، (و) إلا (فيما) إذا كان (النقصان يسيرًا)، وهو ما يتغابن الناسُ فيه، فإذا استأجَرها بعشرةٍ، وزاد آخرُ درهمًا: لا تُنقض، كما لو آجَرها بتسعة»، «بحر»[٤].

[ضابط: شرطُ الواقف كنصِّ الشارع]

(شرطُ الواقف)، أي: كلُّ ما ذكره الواقف من الشروط، واحدًا كان أو أكثرَ، (يجب اتباعُه) والعملُ به؛ (لقولهم)، أي: أصحابنا، (شرطُ الواقف كنصِّ الشارع).

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٥٩٨ ـ ٥٩٩). والأبيات في «الوهبانية»، كتاب الشهادات (١/ ٣١٩).

(٢) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٩٧).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٥٩٨).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، تصرفات الناظر في الوقف (٥/ ٢٥٦).

ثم بيَّن وجهَ الشبَه لإجماله بقوله: (أي: في وجوب العمل به). ولذا قال أبو حفص الكبيرُ لما أراد أن يبني خانًا ويجعله وقفًا، فقال: انظروا كم يحتاج من المُؤنة، قالوا: ثمانين ألفًا، فتصدَّق بها وقال: إني أخاف أن المتولِّي يُخالف شرطي فيدخُل النار، انتهى. ومُراعاةُ أحكام الوقف وحدودِهِ شديدةٌ؛ لأنه في سائر الأشياء الخصمُ واحدٌ، وفي الوقف كثيرون، قاله القاضي.

[فائدة: لا نعتبر المفهومَ في الوقف]

(وفي المفهوم والدلالة)، أي: ما يفهَم من اللفظ، لا ما قابَل المنطوق، وهو ما يدل عليه اللفظُ لا في محلِّ النطق؛ لأنا **لا نعتبر المفهومَ في الوقف**، كما نصَّ عليه الخصَّاف، **وأفتى** به العلامة قاسم.

وذكر المصنِّف في كتاب القضاء أنه **لا يُحتَجُّ بالمفهوم في كلام الناس**، وما في «السير الكبير» من جواز الاحتجاج به فمخالفٌ للمذهب[1]. وأما **مفهوم الرواية فحُجة، ومفهومُ التصنيف كذلك**، دون النصوص، كذا في «الزهر البادي» لابن الشحنة.

(كما بيَّنَّاه في «الشرح»). وحاصل ما فيه أنهم أفادوا أن «ليس كل شرطٍ يجب اتباعُه، فقالوا: إن شرط الواقف أن لا يعزل القاضي الناظرَ شرطٌ مخالفٌ للشرع، فليس قولهم: شرط الواقف كنصِّ الشارع، على عمومه. وقال العلامة قاسم: أجمعت الأمة على أن شرط الواقفين منها ما يعتبَر ومنها ما لا يعتبر. فمعنى قولهم: إنها كنصِّ الشارع، في الفهم والدلالة، لا في وجوب العمل، مع أن **التحقيق** أن

---

(١) انظر: «شرح السير الكبير»، آنية المشركين وذبائحهم (١/ ١٠٥)، وما يجب من طاعة الوالي وما لا يجب (١/ ١٢٥).

لفظَه، ولفظ الوصيِّ والحالف والناذر، وكلِّ عاقدٍ يُحمَل على عادته في خطابه ولغتِه التي يتكلَّم بها، وافقت لغةَ العرب أو لا. ولا خلافَ إذا وقف على صلاة، أو صيام، أو جهاد، أو قراءة غيرِ شرعيٍّ ونحوه: لا يصح».

ثم قال: «وإذا كان المعنى ما ذُكر: فما كان من عبارة الواقف من قبيل المفسَّر لا يحتمل تخصيصًا ولا تأويلا يُعمَل به، وما كان من قبيل الظاهر كذلك، وما احتمل وفيه قرينةٌ يُحمل عليها، وما كان من قبيل المشتَرَك لا يُعمل به، وكذا المُجمَل وقد مات الواقف، وإلا يُرجَع إلى بيانه»[1].

«هذا محصَّل ما قاله في «الشرح»[2]، فانظُر ما بين كلامَيه[3]»[4].

نظَرنا بين كلامَيه، فرأينا أن لا تدافُع بينهما؛ لأن معنى قوله: يجب العمل به، إلا فيما استثني، فلا يجب، فكلُّ شرطٍ من غير المُستثنى يجب العملُ به، ومنها لا، وهذا حاصلُ كلامه في «البحر».

[مسائل مُستثنَاةٌ من الضابط السابق]

(**إلا في مسائلَ**)، فإن شرطَ الواقف فيها ليس كنصِّ الشارع، فلا يجب اتباعُه، ويجوز مخالفتُه:

[الأولى: شرَط الواقف أن القاضي لا يعزِل الناظرَ]

(**الأُولى: شرَط الواقف أن القاضي**) أو السلطان (**لا يعزل الناظرَ**) ولو كان

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، شروط الواقفين (٥/ ٢٦٥).

(٢) في النسخ: (الشارح)، والمثبت من «غمز العيون».

(٣) أي: فانظر ما بين كلامه في «البحر» وكلامه هنا من المخالفة.

(٤) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٢٨).

الواقفَ نفسَه[١]، (فـ)هذا الشرط (لا) يجب العملُ به، (وله)، أي: للقاضي أو السلطان، (عزلُ غير الأَهْل) للنظر؛ لأنه شرطٌ مخالف للشرع، فهو باطل. وغير الأهل هو الفاسق المعروفُ فسقُه، كما في «البحر»[٢].

وفي «الإسعاف»: «لا يولَّى إلا أمينٌ قادر بنفسه أو بنائبه؛ لأن **الولاية مقيَّدةٌ بشرط النظر**، وليس من النظر توليةُ الخائن؛ لأنه مُخِلٌّ بالمقصود، وكذا العاجز»[٣].

وفي «فتاوى ابن الشلبي»: إن الناظر الغير الأهل مَن ليس أهلا للشهادة بارتكابه ما يُخِلُّ بالمروءة أو مفسِّقًا، فيشترط له العدالة. نعم؛ لا يشترط له الإسلامُ والحُرِّية، كما في «الإسعاف»[٤].

[الثانية: شرط أن لا يُؤجِّر وقفَه أكثرَ من سَنَة]

المسألة (الثانية: شرَط أن لا يؤجِّر وقفُه أكثرَ من سنة، والناس لا يرغَبون في استئجاره سنَةً، أو كان في الزيادة) على السنة (نفعٌ للفقراء: فللقاضي المُخالَفة)، ويؤجِّره أكثرَ من سَنة، (دون الناظر)، فليس له المُخالفة؛ لأن للقاضي ولايةَ النظر على الفقراء.

---

(١) في هامش (خ): (وهو مبني على أن المتكلم يدخل في عموم كلامه، وقيل: لا. انظر: «حاشية أبي السعود» و«الحموي»).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٤).

(٣) «الإسعاف»، باب الولاية على الوقف (ص ٤٩).

(٤) قال فيه في باب الولاية على الوقف (ص ٥٢): «ولو كان ولده عبدا يجوز قياسا واستحسانا؛ لأهليته في ذاته، بدليل أن تصرفه الموقوف لحق المولى ينفذ عليه بعد العتق لزوال المانع، بخلاف الصبي. والذمي في الحكم كالعبد، فلو أخرجهما القاضي ثم أعتق العبد وأسلم الذمي: لا تعود الولاية إليهما».

هذا إذا شرَط الواقف.

وإن لم يوجَد له شرطٌ فيُختار **للفتوى** أن لا تؤجَّر الضياع أكثرَ من ثلاث سنين، ولا غيرُها أكثر من سَنة إلا لمصلحة، وهذا مما يختلف زمنًا وموضِعا، كما في «المنح».

وفي «المنية»: «جوَّز أبو الليث الثلاثَ في الكلِّ، وهو **الأصحُّ**».

وفي «البزازية»: «لو احتيج لذلك يعقد عقودًا مُترادفة، فيكون العقد الأوَّلُ لازما؛ لأنه ناجِزٌ، والباقي غير لازم؛ لأنه مضاف»[1].

وذكر السرخسي أن الإجارة المُضافة تكون لازمةً في إحدى الروايتَين، وهو **الصحيح**. قالوا: وفيه نظر؛ لعدم إفادته المقصودَ وإن صحَّح السرخسيُّ اللزوم، فقد أجمعوا على أن الأجرة لا تُملَك في الإضافة باشتراط التعجيل، فلا فائدةَ من هذا الوجه، فتأمَّل.

والفتوى على بطلان الإجارة الطويلة، ولو بعقود. وزاد في «الجواهر»: «هذا إذا لم يُقِرَّ أن الحاكم حكَم بالصحة، وإلا فلو أقر فالإجارةُ صحيحة»، انتهى.

وهذا يفيد إطلاق الحاكم، مع أن المراد به المجتهد، أو من له ملَكة الاجتهاد، أو قاضي الجنة[2]، وإلا **فالمقلِّد متى خالَف صحيحَ مذهبه لا ينفُذ حكمُه ويُنقَض**.

وفي «الخانية»: «شرَط الواقفُ في صكِّ الوقف أن لا يؤجَّر أكثرَ من سنة إلا إذا

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحته وفساده، نوع في العقود (٦/ ٢٦٧).

(٢) في هامش (خ): (قوله: أو قاضي الجنة، إذا فسر بذي العلم والعمل، كما مر، شمل المقلد، فينافي قوله: وإلا فالمقلد... إلخ، تأمل).

كان أنفعَ للفقراء: كان للقيِّم أن يؤجِّرها بنفسه إذا رآها خيرًا، ولا يحتاج للقاضي؛ للإذن له من الواقف»[1]، انتهى، فليُحفَظ.

واعلم أن الشروط التي تجوز للقاضي مخالفتُها هي الشروط الراجعة إلى الغلَّة. وأما الشروط الراجعة إلى غيرها، كتقرير الفراش، فلا يقدر القاضي على مخالفتها، كما تقدم.

[الثالثة: شرط الواقفُ أن يُقرَأ على قبره]

المسألة (**الثالثة: لو شرط الواقفُ أن يُقرَأ على قبره: فالتعيينُ باطلٌ**)، يعني: والوقفُ صحيح، «قنية».

وفي «اليتيمة» ما يخالفه.

وفي «البحر»: «هذا مبنيٌّ على قول أبي حنيفة من كراهة القراءة على القبور، فلذا بطل التعيين، **والصحيح المختار للفتوى** قول محمد»[2]، انتهى. أي: فيلزم التعيين.

وفي «التاتارخانية» عَزى البطلانَ إلى محمد بن الفضل، ونقل فيها عن الحسين بن علي: «بنى مدرسةً، وجعل فيها مقبَرة لنفسه، ووقف عليها ضيعةً، وذكر أن ثلاثة أرباعها للمتفقِّهة، والرُّبعُ يصرف إلى من يقوم بكَنْسِ المقبرة وفتحِ بابها وإلى من يقرأ عند قبره، ورفع هذا إلى الحاكم، فقضى بصحته، هل يحِلُّ لمن يقرأ عنده أخذُ هذا المرسوم؟ قال: نعم»[3]، انتهى. فهذا صريحٌ في اعتبار شرط التعيين.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٣٠١).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٦).

(٣) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوقف، أواخر الفصل الثامن عشر في الرجل يقف على جماعة ثم يستثني بعضهم بصفة خاصة (٨/ ١٣٤).

فقوله: التعيين باطل، مبنيٌّ على خلاف الصحيح.

وبعضهم علَّل البطلان بعدم جواز أخذِ الأُجرة على القراءة، وقالوا: إن **المفتى** به خلافُه[١]، وقد تقدَّم في «شرح الوهبانية»: «أوصى أن يطيِّن قبْرُه، أو يُضرَب عليه قبَّة، أو يُدفَع شيءٌ لقارئٍ يقرَأ على قبره: فالوصية باطلةٌ»[٢].

قال في «البحر»: «فدلَّ على أن المكان لا يتعيَّن، وقد تمسَّك به بعضُ الحنفيـة»[٣].

وفيه: أنه علَّله في «الاختيار» بأن أخذَ الأجرة على القراءة لا يجوز[٤]، وهو مبنيٌّ على خلاف **المفتى** به. وفيه نظر.

وفي «مجمع الفتاوى»: «إن الوصية بالقراءة على قبره باطلةٌ إذا لم يعيِّن القارئ. أما إذا عيَّنه ينبغي أن تجوز؛ لأنه صِلة»، انتهى.

والحاصل: أن البطلان لكونه وصيةً، أو لكونه أُجرة، فمن قال بالأوَّل يُبطِل الوقفَ من أصله، ومن قال بالثاني لا يُبطِل شيئًا منهما، فتأمل.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إن المفتى به خلافه. المصرح به في أن المفتى به جواز أخذ الأجرة على التعليم. وأما نفس القراءة، فلا يجوز أخذ الأجرة عليها باتفاق أهل المذهب، كما حققه في «رد المحتار» وغيره).

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوصايا (٢/ ٢٢٥).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٦). لكن القول لشارح «المنظومة»، لا لصاحب «البحر».

(٤) قال في «الاختيار»، آخر كتاب الوصايا (٥/ ٨٤): «ولو أوصى بأن يطين قبره، أو تجعل عليه قبة، أو يدفع شيئا إلى من يقرأ عند قبره القرآن، فالوصية باطلة؛ لأن عمارة القبور للإحكام مكروه، وأخذ الشيء للقراءة لا يجوز؛ لأنه كالأجرة».

[الرابعة: شرَط أن يُتصدَّق بفاضل الغلَّة على مَن يسأل في مسجد معيَّن]

المسألة (الرابعة): وقَف و(شرط أن يُتصدَّق بفاضل الغلَّة على مَن يسأل في مسجد كذا): يصح هذا الوقفُ، (ولم يُراعَ شرطُه)، ولا يتعيَّن المكان، (فـ)يجوز (للقيِّم التصدُّق على سائلِي غيرِ ذلك المسجد، أو) سائلي (خارجِ المسجد، أو على من يسأل) مطلقًا في المسجد أو غيره، كذا في «القنية». قال بعده: «والأَولى عندي أن يُراعَى هذا الشرط».

قال الحموي: «وينبغي أن يلحَق بهذا الشرط ما لو شرط أن يُذبَح في أيام النحر في محلٍّ كذا، كقبرٍ أو غيره، وكذا تفرِقة الخبز، كما هو كثيرٌ في أوقاف مصر، ولم أرَه»[1].

وهذا مبنيٌّ[2] على عدم تعيين المكان في الوقف قياسًا على الناذر، وهو غفلةٌ[3]، فإنه يتعيَّن في الوقف، فلو شرط على المدرِّسين والطلبة حضورَ الدرس في المدرسة أيامًا معلومة في كل جمعة: فإنه لا يستحِقُّ المعلوم إلا مَن باشَر، ولا سيما إذا شرط الواقفُ ذلك، فإنه يجب اتباعُه. وكذا لو شرط: من غاب كذا أخرجه الناظرُ وقرَّر غيره، فإنه يجب اتباعُ شرطه.

فعلى هذا «إذا كان له درسٌ في جامع، ولازَمه بنيَّةٍ أن يكون عمَّا عليه في المدرسة: لا يستحِقُّ إلا إذا باشَر في المكان المعيَّن»، كما في «البحر»[4].

---

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٣٠).

(٢) في هامش (خ): (الأولى ذكر هذه العبارة في شرح قول المصنف: الثالثة... إلخ، كما في «حاشية أبي السعود»).

(٣) في هامش (خ): (لأن الناذر لو عين فقيرا لا يتعين، والواقف لو عين إنسانا للصرف يتعين، حتى لو صرف الناظر لغيره كان ضامنا، فكيف يقاس الوقت على النذر... إلخ ما ذكره أبو السعود).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٦).

وفي «فتاوى ابن الشلبي»: «إذا حصل في المسجد خوفٌ بسبب كونه خارجَ البلد وخرابِ ما حوله، فهل للإمام والخطيب والمؤذِّن والمدرِّس أن يفعلوا ذلك في غيرِه وتَبْرَأ ذِمَّتُهم؟ أجاب: نعم». فيُقيَّد به ما في «البحر».

[الخامسة: شرَط للمستحِقِّين خُبْزًا ولحمًا معيَّنًا]

(الخامسة: لو شرط للمستحِقِّين خُبزًا ولحمًا معيَّنًا كلَّ يوم): لا يُراعى هذا الشرط، (وللقيِّم أن يدفع القيمةَ من النقد)، ولا يلزمه دفعُ العين. (و)صرَّح (في موضع آخر أن لهم)، أي: المستحقين، (طلبَ العين وأخذَ القيمة)، صوابه: أو القيمة، «قنية». قال فيها: «وقَف على المُتفقِّهة حِنطةً، فدفعها القيِّمُ دنانير: فلهم طلبُ الحنطة، ولهم أخذُ الدنانير إن شاؤُوا»، انتهى. ففيه إشعارٌ بأن الخيار للمستحقِّين، لا للمتولِّي، ويُجبَر على دفعِ ما اختاروه، كذا قيل. والذي يظهر أنه إذا دفع لهم العين يُجبَروا على القبول، وإن دفع لهم القيمةَ يُخيَّروا.

[السادسة: تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الإمام]

المسألة (السادسة: تجوز الزيادةُ من القاضي على معلومِ الإمام) الذي عيَّنه له الواقفُ (إذا كان) ذلك المعلومُ (لا يكفيه)، ولكن إنما تجوز من القاضي (إذا كان) الإمامُ (عالمًا تقيًّا)، فيُعطَى ما يكفيه وعيالَه، ولو بغير رضا أهلِ المحلَّة، ولو كان غيرُه يؤُمُّ بالمعلوم المعهود، ويطِيب له الزيادةُ إذا كان عالمًا تقيًّا، «قنية».

واستنبط منه في «أنفع الوسائل» أنه يجوز للقاضي إتمامُ أجر المثل للقيِّم إن شرط الواقفُ له الأقلَّ[1].

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف في كتاب وقفه الولاية لشخص (ص ٣٦٩ _ ٣٧٠).

وفي «الفتاوى الخيرية»: «سُئل عن مدرِّس ملازِم المدرسة تقيًّا عالمًا، وكانت تتعطَّل المدرسةُ بغَيبته، هل يجوز له الزيادة بما يكفيه؟ أجاب: نعم؛ ولو كان يستغرق الغلَّةَ بعد العمارة؛ لأنه تتعطَّل، وغرضُ الواقف يأباه إذا لم يوجَد هناك مثلُه في العلم[1] والورع ويَرضَى بما شرَطه له الواقفُ»[2]، انتهى مُلخَّصًا.

وأما ما في «البحر» من أنه «لو قضى بالزيادة في معلوم الإمام من أوقاف المسجد: لا يجوز ولا ينفُذ»[3]، انتهى، فمحمولٌ على ما إذا لم تُوجَد هذه الشروطُ، فتأمَّل.

[السابعة: شرط الواقف عدم الاستبدال]

المسألة (**السابعة: شرَط الواقفُ عدمَ الاستبدال، فللقاضي**)، أي: المجتهِد، أو قاضي القضاة، أو قاضي الجنة، وكذا للسلطان الاستبدالُ إذا كان البدل أصلَحَ من المُبدَل عنه. وشرَط في «البحر» «خروجَه عن الانتفاع بالكلِّية، وكونِ المُبدَل عقارًا، وكون المستبدِل قاضي الجنة»[4]. وقد تقدَّم أن شرط الخروج عن الانتفاع بالكُلِّية هو **المفتَى به**، وإن أفتى قارئ «الهداية» بخلافه. وأما كون البدَل عقارًا، فلا يُشترط بعد أن يكون المُستبدِل قاضي الجنة، كما تقدَّم عن «النهر».

---

(١) في (خ): (التقوى).

(٢) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: إن لم يف ريع الوقف بأرباب الوظائف (١/ ١٦٢).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي، يبطل كتاب القاضي بموت الكاتب وعزله (٧/ ١٤).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٠ ـ ٢٤١).

[الثامنة: شرط الواقف أن لا يُشارِكَ الناظرَ في الكلام على الوقف أحدٌ]

ويُزاد على المستثنَيات ثامنةٌ: لو شرَط الواقفُ أن لا يُشارِك الناظرَ في الكلام على هذا الوقف أحدٌ، ورأى القاضي أن يَضُمَّ إليه مُشارِفًا: جاز، كالوصيِّ إذا ضُمَّ إليه غيرُه، كما في «أنفع الوسائل»(١).

[التاسعة: شرَط الواقفُ استواءَ المُستحِقِّين بالعمارة]

وتاسعة: لو شرط الواقفُ استواءَ المستحقِّين من الإمام ونحوِه بالعمارة عند الضِّيق: لم يُعتبر شرطه، وتُقدَّم العمارةُ عليهم.

[العاشرة: شرَط استواءَ أربابِ الشعائر مع بقيَّة المُستحِقِّين]

وكذا لو شرَط استواءَ أرباب الشعائر مع بقيَّة المُستحِقِّين: لا يُعتبَر، فهي عاشرة.

[الحادية عشرة: غالبُ جِهات الوقفِ مَزارعُ وقُرى]

وحادية عشرة: للسلطان مخالفةُ شرط الواقف لو غالبُ جهاتِه مَزارِع وقُرى، كما في «مبسوط» خواهر زاده.

[الثانية عشرة: شرَط عدمَ مُداخلة القُضاة والأُمراء]

وثانية عشرة: لو شرط عدمَ مداخَلة القضاة والأُمراء، وإن داخلوهم فعليهم اللَّعنة: لا يصِحُّ؛ لأن الشروط المخالفة للشرع كلُّها باطلةٌ، كما في «معروضات أبي السعود». زاد ابنُ الشحنة: وكذا «**كلُّ شرطٍ لا فائدةَ فيه ولا مصلحة للوقف باطل**»(٢).

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف في كتاب وقفه الولاية لشخص (ص ٢٦٨).

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٠).

[الثالثة عشرة: شرَط عدمَ الناظر ومات]

وثالثة عشرة: «لو شرط عدمَ الناظر ومات»، كما في «الدر المنتقى»[(١)].

فالمستثنى ثلاثة عشر، ولكن قد تقدَّم في مسألة القراءة على القبر أن الراجحَ الجوازُ ويلزم التعيينُ، وفي مسألة الخبز أن الخيار للمشروط لهم، لا للمتولِّي، فيلزم أن يدفعَ المشروط لهم إذا أبَوا الأخذَ. فبقي المستثنى أحد عشر، فليُحفظ.

بقي ما في «أنفع الوسائل»: لو شرط النظرَ لواحدٍ: كانت الولايةُ له، وللواقف أن يَلِيَها دونه، وله أن يعزِلَه متى شاء، وإن شرط أن لا يُخرِجَه: كان له إخراجُه، وهذا الشرط باطلٌ[(٢)].

[فائدة: ليس للقاضي عزلُ الناظر المشروطِ بلا سبب]

(لا يجوز للقاضي عزلُ الناظر المشروطِ له) النظرُ (بلا خيانةٍ) ظاهرة، «بيري»[(٣)].

(ولو عزَله) القاضي: (لا يصير معزولا، ولا) يصير (الثاني) الذي ولَّاه (متولِّيًا) إذا لم يكن الثاني أنفعَ للوقف، كما في «جامع الفصولين»[(٤)].

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٦٠٧). وزاد فيه: «ونفذ بعد موته، أو في حياته. ويستأنس له بعموم ما مر آنفا، وبما في «الأشباه» عن «العتابية»: لو لم يجعل له قيما، فنصب القاضي له قيما، وقضى بقوامته: لم يملك الواقف إخراجه، وبما في «المنظومة المحبية» تبعا لـ«الأشباه» أيضا:

وليس للقاضي بأن يقررا وظيفة من غير شرط سطرا
في الوقف ثم ذاك غير النظر ولا يحل الأخذ للمقرر».

(٢) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف في كتاب وقفه الولاية لشخص (ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٦٢).

(٤) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٧)، وآخر الفصل الثالث عشر في =

ويُؤخذ منه: جوازُ تولية النظر لغير المشروط له إذا قبِله بلا أجرٍ عند امتناع المشروطِ له من قبوله إلا بأجرٍ لم يشترطه الواقفُ، حيث كان فيه نفعٌ للوقف.

ويؤيِّده ما قالوه: إنه يفتَى بما هو أنفعُ للوقف.

ويُخالفه ما في «التنوير» و«شرحه»: «وما دام أحدٌ يصلُح للتولية من أقارب الواقف: لا يُجعل المُتولِّي من الأجانب؛ لأنه أشفَق، ومن قصدِه نسبةُ الوقف إليهم»[1]، انتهى.

قال شيخنا: «ومعنى قولهم: لا يُجعل المُتولِّي من الأجانب، أي: يحرُم ويأثَم، فإن جعَل صحَّ[2]؛ لتصريحهم بأن ولاية النصب للقاضي»[3]. وفيه ما سيأتي.

[فائدة: يصِحُّ عزلُ الناظر بلا خيانةٍ إذا كان منصوبَ القاضي]

(ويصِحُّ عزلُ) القاضي (الناظرَ بلا خيانةٍ إن كان) الناظر (منصوبَ القاضي)، كذا في «البحر»[4] مُعزِيًا لـ«القنية». قال في «جامع الفصولين»: «ليس له عزلُه من غير سبب»[5]، وبه أفتى الخيرُ الرملي، قال في «فتاواه»: «سُئل فيما إذا ولَّى السلطانُ ناظرًا على وقف، هل له عزلُه لغير جُنْحة ولا مصلحة؟ أجاب: منصوبُ السلطان ومنصوب القاضي سِيَّان. وقد صرَّح في «الخانية» أن منصوبَ الثاني لا ينعزِل بغير

= دعوى الوقف والشهادة عليه (١/ ١٣٥).

(١) «الدر المختار»، كتاب الوقف (ص ٣٧٨).

(٢) مع الإثم.

(٣) «عمدة الناظر» (ل/ ١٤١/ ب ـ ل/ ١٤٢/ أ).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٥).

(٥) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الأربعون في خلل المحاضر والسجلات (٢/ ٢٦٢).

جُنحة ولا مَصلحة، فكذلك منصوبُ السلطان؛ إذ القاضي كالوكيل عنه[1]، كما أفاده في «البحر»[2] وغيره»[3]، انتهى.

وههنا تنبيهٌ: وهو أنه ما المراد بالقاضي الذي يملِك نصبَ المتولّي، ويكون له الولاية على الأوقاف؟ قال في «البحر»: «هو قاضي القُضاة في كل موضعٍ ذكروا القاضي»[4].

فعلى هذا، النائبُ لا يملِك شيئًا من ذلك. قال الخيرُ الرَّمليُّ: «والمسألةُ لا نصَّ فيها، وإنما استخرجها صاحبُ «البحر» تفقُّهًا، وبحث فيه الحانوتي»[5].

[فرع: تقدَّم الناظرُ المعزولُ إلى القاضي الثاني، وادَّعى العزلَ بلا سبب]

(إذا عزل القاضي الناظرَ) بسبب خيانةٍ ثبتت عليه عنده، (ثم عُزِل) القاضي، أي: عزَله السلطانُ ونصَب قاضيًا غيره، (فتقدَّم) الناظر (المخرَج) إلى القاضي

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، آخر فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٨).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، الناظر بالشرط في الوقف (٥/ ٢٥٤ و٥/ ٢٦١).

(٣) «الفتاوى الخيرية»، أول كتاب الوقف، مطلب: ليس للسلطان أو القاضي عزل من ولياه ناظرا بلا جنحة (١/ ١١٥).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، الناظر بالشرط في الوقف (٥/ ٢٥٢).

(٥) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: ليس للمتولي إبطال الوقف ونصب الأوصياء (١/ ١١٨).

وفي هامش (خ): (انظر «فتاواه» من الوقف في أوائله في قوله: سئل: ما قولكم في قولهم: إن الاستبدال إنما يكون للقاضي حيث لم يكن هناك شرط الواقف، هل المراد قاضي القضاة أم لا يختص به؟ وهل يشترط أن يكون في منشوره ذلك أم لا؟ أجاب: المنصوص عليه في صـ٢٧ من «الفصولين» أن نصب الوصي والمتولي إنما هو من قاضي القضاة. وأما في الاستبدال، فلم نر من قيد باشتراط أن يكون ذلك في منشوره، كما قيدوا به في إنكاح الصغير...، فينبغي أن يعمل بالإطلاق).

(الثاني وادَّعى) على المتولِّي المنصوب (أن) القاضي (الأوَّل عزَله بلا سبب)، وإنما أخرجه بسِعاية قوم، وأنه لم يثبت عليه شيءٌ يوجب العزل: لم يلتفِتْ إلى قوله و(لا يُعيده، ولكن يأمُر) القاضي المدعيَ بين يدَيه (بأن يُثبت عنده أنه أهلٌ للولاية)، بأن يقول له: صحِّحْ أنك أهلٌ للقيام، فإن أثبت ذلك أعاده، كذا في «إجابة السائل». قال: «وكذا لو ثبت عند الأوَّل أنه بعد ذلك تاب ورجع عما كان عليه: وجب أن يرُدَّه، يعني: لو كان الإخراجُ الأوَّلُ لخيانةٍ»، انتهى.

وظاهر هذا وجوبُ الإعادة عليه. وأما قولهم: **طالبُ التولية لا يُولَّى**، يعني: ابتداءً، لا عَوْدًا، وخُصَّ أيضًا بغير المشروط له التولية.

[فائدة: ليس للقاضي عزل الناظر بشكاية المستحقين ما لم يُثبِتُوا خيانةً]

(ليس للقاضي عزلُ الناظر)، يعني: من قِبَل الواقف، كما تقدَّم، وعلى الراجح التعميم، (بمُجرَّدِ شكايةِ المُستحقِّين) من غير ثبوت خيانة، (حتى يُثبِتوا عليه خيانةً). فإن أثبتوها: عزَله، ولو كان هو الواقف. وهل إذا عزله بمجرَّدِ الشكاية ينعزِل أو لا؟ **والراجحُ** عدمُ العزل، كما تقدم. ولا ينعزل بإثبات الخيانة ما لم يعزِلْه.

وفي «أوقاف الناصحي»: «لو ترك عِمارتَه، وفي يده من غلَّتِه ما يَفي بالعمارة: يُجبِره القاضي على العمارة، فإن أبى نزَعه من يده»، انتهى.

وفي «الجواهر»: «القيِّمُ إذا لم يُراعِ الوقفَ: يعزلُه القاضي.

وفيه إشارةٌ إلى أنه لا ينعزل بمُجرَّد الخلاف، بل يستحِقُّ العزل.

قال البيري: «يُؤخَذ من هذا أن الناظر إذا امتنع من إعارة الكتُب الموقوفة: كان للقاضي عزلُه. وفي «خزانة المفتين»: إذا زرَع القيِّمُ لنفسه في أرض الوقف: يخرجه القاضي من يده، ويولِّي من يثِق به»[1].

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٦٤).

قال البيري: «ويُؤخذ من هذا أنه لو سكَن في دار الوقف ولو بأجر المثل: يكون للقاضي إخراجُه عن الولاية؛ لأنهم نصُّوا على أنه لا يجوز له أن يسكن دارَ الوقف ولو بأجر المثل، كما في «خزانة الأكمل»[(١)]. وفي «الذخيرة»: باع المتولِّي أوراقَ شجرِ التوت: جاز؛ لأنه بمنزلة الغلَّة. ولو أراد المشتري قلعَ قوائم الشجر: يُمنَع؛ لأنها ليست بمَبِيعةٍ. ولو امتنع المُتولِّي عن منعه عن القَلْع: كان ذلك خيانةً[(٢)]»[(٣)].

[فائدة: عزلُ الواقفِ الناظرَ يصِحُّ إن شرطه لنفسه، وإلا فخلافٌ]

(وكذا الواقف)، أي: كالقاضي، (إذا عزَل) الواقفُ (الناظرَ)، فليس له عزلُه بمجرَّد الشكاية عليه ما لم يُثبتوا عليه خيانة. (فإن شرَط له)، أي: لنفسه، (العزلَ حالَ الوقف)، قيَّد به لأن **المُعتبَر في الشروط أن تكون عند الوقف، لا بعده**: (صحَّ) العزلُ (اتفاقا، وإلا)، أي: وإن لم يشرِطْه حالَ الوقف، (لا) يصح عزلُه الناظرَ (عند محمد) رحمه الله، (ويصح عند أبي يوسف).

وهذا الخلاف مبنيٌّ على أن الناظر وكيلُ الواقف أو الفقراء، فقال أبو يوسف بالأوَّل ومحمدٌ بالثاني. وذلك مبنيٌّ على أن التسليم للمتولِّي شرطُ صحة الوقف أو لا، فقال محمدٌ بالأوَّل وأبو يوسف بالثاني.

(ومشايخُ بَلْخ اختارُوا قولَ) الإمام (الثاني). قال في «الفتح»: «وهو **الأوجَهُ** عند

---

(١) عبارة «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، من فتاوى صاعد (٤/ ٤٩٧): «وليس للمتولي أن يسكن الحانوت بأجر مثله».

(٢) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوقف، الفصل الخامس عشر في تصرف القيم في الوقف، نوع في بيع شيء من الوقف لحاجة الوقف (٨/ ٥٠٧).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٦٤).

المحقِّقين»[١]. وفي «صدر الشريعة» و«الدرر»: «**الفتوى على قول أبي يوسف**»[٢].

(والصدر) الشهيد اختار (قولَ محمد)، واختاره البخاريُّون، «وصحَّحه الأكثرون، **وعليه الفتوى**»، «فتح»[٣].

[فائدة: هل الناظرُ وكيلٌ عن الواقف أو عن الفُقراء؟]

(وعلى هذا الاختلاف) بين الإمامَين في صحة العزل بلا شرطه وعدمها: (لو مات الواقفُ) وقد جعَل ناظرًا لوقفِه: (فلا ولايةَ للناظر) على الوقف؛ (لكونه وكيلا عنه)، فإذا مات الموكِّل انعزل الوكيلُ عند الثاني. وعند الثالث: لا ينعزِل؛ لكونه وكيلَ الفقراء.

ثم فرَّع على الاختلاف قولَه: (فيملك) الواقفُ (عزلَه بلا شرطٍ، وتبطُل ولايتُه)، أي: الناظر، (بموته)، أي: الواقف، (عند الثاني)؛ لأنه وكيل عنه.

(وعند محمد): لا ينعزل؛ لأنه (ليس بوكيل) عنه، بل عن الفقراء، (فلا يملك عزلَه، ولا تبطُل) الوكالة (بموته).

وهذا (الخلاف) إنما هو فيما (إذا لم يشترط له الولايةَ) على الوقف (في حياته وبعد مماته).

---

(١) «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٠٩).

(٢) انظر: «درر الحكام»، كتاب الوقف (٢/ ١٣٦).

(٣) لم يذكر في «فتح القدير» أن الفتوى في هذه المسألة على قول محمد. ولعل منشأ نقل الشارح السهو في النقل عن الحموي (٢/ ٢٣١)؛ فإن عبارته: «وصحح قول الثاني جماعة، قال في «الفتح»: وهو الأوجه عند المحققين. والأكثر صححوا قول محمد رحمه الله، وعليه الفتوى». فظن الشارح أن الكل منقول من «الفتح»، مع أن المنقول منه قوله: «وهو الأوجه عند المحققين»، فقط. والله أعلم. وانظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، وقف في مرض موته (٥/ ٢١٢).

(أما لو اشترط ذلك لم تبطُل بموته اتفاقًا). أما عند محمد، فظاهر. وأما عند أبي يوسف، فلأنه حينئذ وصيٌّ.

(هذا)، أي: ما ذُكر من التفصيل والخلاف (حاصلُ ما) ذكره (في «الخلاصة»[١]) و«البزازية»[٢]، (والفتوى على قول أبي يوسف، كما في «الولوالجية»[٣]). والذي في «التجنيس»: «والفتوى على قول محمد»، وجزم به العلامة قاسم في «تصحيح القدوري»[٤]، وكذلك المصنِّف في «رسائله»[٥].

قال في «البحر»: «والحاصل: أن الترجيح قد اختلف، والأخذُ بقول أبي يوسف أسهلُ وأحوط، ولذا قال في «المحيط»: ومشايخُنا أخذوا بقول أبي يوسف ترغيبًا للناس في الوقف»[٦]، انتهى.

[فرع: لم يجعل الواقفُ للوقف قيِّمًا، فقضى القاضي بالقِوامة لرجل]

(وفي «الفتاوى العتابية»: لو لم يجعل الواقفُ له)، أي: لوقفه، (قيِّمًا، فنصب القاضي قيِّمًا، وقضى بقِوامته: لم يملك الواقفُ إخراجَه)، أي: القيِّم، (انتهى) كلام «العتابية».

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، الفصل الثاني في نصب المتولي (٤/ ٤١١).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الثاني في نصب المتولي (٦/ ٢٥٢).

(٣) عبارة «الولوالجية»، كتاب الوقف، الفصل الأول في المسجد (٣/ ٩٢): «ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالى يفتون بقول أبي يوسف، وبهذا أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى. ومشايخ بخارى رحمهم الله تعالى يفتون بقول محمد، وبه يفتى».

(٤) «التصحيح والترجيح على مختصر القدوري»، كتاب الوقف (ص ٢٩٢ـ ٢٩٦).

(٥) «رسائل ابن نجيم» (ص ٢٨٦).

(٦) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، وقف في مرض موته (٥/ ٢١٢).

قال في «إجابة السائل» بعد نقله لما في «العتَّابيَّة»: «هذا إن خرج على قول الثاني أشكل، وعلى قول محمد كذلك، بل لا يُتصوَّر ذلك، وصحةُ الوقف عنده مشروطٌ بالتسليم»، انتهى.

وفي «البيري» ما يُشير لدفعه؛ قال نقلا عن «الأجناس»: «لو وقف أرضًا، ودفعها إلى رجل وقبَضها: فله أن يُخرجه من الوكالة ما لم يقضِ القاضي، فإذا قضى القاضي: ليس له الإخراجُ»[1]، انتهى.

فتكون هذه المسألة مخرَّجةً على قول الثاني، ومقيِّدةً لقوله أوَّلا، ويُفيد حينئذ قولُه: وقضَى القاضي بقوامته، ويندفع ما قاله الحمويُّ من أن «نصب القاضي للقيِّم لا يحتاج إلى القضاء»[2].

فبهذا علمتَ أن ما في «أنفع الوسائل» من أن الولاية في الوقف لو شرَطها لواحد: كان للواقف أن يَلِيَها دونه ويعزِله متى شاء، وإن شرَط عدمَ عزله، وأن هذا الشرط باطلٌ[3]: محمولٌ على ما إذا لم يقضِ به القاضي، وإلا فلو قضى به ليس له ذلك.

وصورةُ القضاء: أن يترافَع الواقفُ مع القيِّم، ويطلُب نزعَ الوقف من يده؛ متمسِّكًا بقول محمد أنه يشترط التسليم، وهو لم يُسلِّمه، فيُنازِعه متمسِّكًا بقول الثاني من عدم اشتراط التسليم، فيَقضي القاضي بقِوامته وصحَّتِها ولزومِها، فليس له عزلُه بعد ذلك، انتهى.

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٦٦). وانظر: «الأجناس»، كتاب الوقف (١/ ٥٥٨).

(٢) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٣٢).

(٣) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف الولاية لشخص (ص ٢٤٩ـ ٢٥٠).

[مطلب: في حكم عَزلِ الواقف للإمام والمُدرِّس الذي ولّاهما]

قال رحمه الله تعالى: (ولم أر حكمَ عزلِ الواقف للإمام والمدرِّس الذي ولّاهما)، هل يملك عزلَهما أو لا عند عدم الشرط؟ لا يقال: لا شكَّ أنه يملك عزلَهما قياسًا على الناظر. قلنا: لا يصح هذا القياس؛ (لأنه لا يملك إلحاقَهما)، أي: إلحاق عزلهما، (بعزل الناظر) ليجريَ فيه الخلافُ المتقدِّم (بتعليلهم لصحة عزلِه)، أي: الناظرِ عند الثاني، (بكونه وكيلا عنه)، والوكيلُ يصح عزلُه، والإمام والمدرِّس ليسا كذلك؛ (إذ ليس صاحبُ الوظيفة) من الإمام والمدرِّس وغيرهما (وكيلًا عن الواقف) حتى يصح عزلُهما.

(و)إذا قلنا بعدمِ صحة العزل بناءً على ذلك كذلك: (لا يمكن منعُه)، أي: الواقف، (عن العزل)، أي: عزلهما، كسائر أرباب الوظائف (مطلقًا). الذي يُفهم من كلام «إجابة السائل» أن تحت الإطلاق: سواء كان بجُنحةٍ أو لا. وليس في كلام المصنِّف لاحِقًا ولا سابقًا ما يفيد ذلك.

(لعدم الاشتراط)، أي: اشتراطه العزل، (في أصل الإيقاف)، أي: حين الوقف. فإذا لم يشترِطه: لا يُمنَع من العزل؛ (لكونهم جعلوا له)، أي: للواقف، النصبَ (للإمام والمؤذِّن بلا شرطٍ) في أصل الوقف، **وكلُّ مَن يملِك النصبَ يملك العزل**، فإذا كان يملك النصبَ بلا شرط: فيملك العزلَ كذلك؛ لما قاله في «البزازية».

[فائدة: الباني وأولادُه أَولى بنصب الإمام والمُؤذِّن]

(الباني) للمسجد (أَولى) من القوم (بنصب الإمام والمُؤذِّن) بلا شرط من الباني، إلا إذا عيَّن القومُ أصلحَ مما عيَّنه الباني، (و)كذا (ولدُ الباني وعِترتُه)، أي: أقرباؤه، (أَولى) بنصب الإمام والمؤذِّن من غيرهم.

قال في «إجابة السائل» بعد نقله لما ذكره المصنِّف: «والظاهر أنه لا يملك بلا جنحة، ولا تلازُمَ بين جواز النصب والعزل»، انتهى.

وفي «البيري»: «ولا مانع من القول بالمُلازمة»[1]، ولكن في «لسان الحكَّام» نقلا عن «الخانية»: «عرَض للإمام والمؤذِّن عذرٌ منَعه من المباشرة مدَّةَ ستةِ أشهُر، للمتولِّي أن يعزله ويولِّيَ غيرَه»[2]، وقد تقدَّم في «العادة محكَّمة» أن له عزلَه إذا مضى شهر. ففيه تصريحٌ بجواز العزل من المتولِّي للإمام والمؤذن، لكن بجنحة، والمدرِّس مثلُهما بلا فرق، والواقف أَولى من المتولِّي بالعزل، فتأمل.

[فائدة: الباني أَولى بعِمارة المسجد من أهل المحلَّة]

رجل (بنَى مسجدًا في محلَّة)، فانهدم بعضُه أو كلُّه، (فنازَعه بعضُ أهلِ المحلَّة) أو كلُّهم (في العمارة)، أي: عمارة ذلك المنهدم: (فالباني أَولى) بالعمارة من أهل المحلة (مطلقًا)، سواء كان عمارتُهم أحسنَ أو لا، ولا خلافَ يُعلَم في ذلك، كما في «إجابة السائل».

(وإن تنازَع الباني في نصب الإمام والمُؤذِّن مع أهل المحلَّة، إن كان ما اختاره أهلُ المحلَّة أَولى) وأصلحَ (من الذي اختاره الباني: فما اختاره أهلُ المحلة أَولى) من الذي اختاره الباني؛ لأن منفعة ذلك ترجع إليهم.

(وإن كانوا) فيما اختاروا (سواءً: فمنصوبُ الباني أَولى). فعلى هذا: لو نصب مؤذِّنًا أو إمامًا وكرِهوه: ليس لهم عزلُه، إلا إذا نصَبوا من هو أصلحُ منه.

واعلم أنه يجوز استئجارُ الحانوت والدار وإن لم يبيِّن ما يعمل فيه، وله أن يعمل

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٦٧).

(٢) «لسان الحكام في معرفة الأحكام»، الفصل العاشر في الوقف (ص ٢٩٨).

فيهما أيَّ شيءٍ سوى ما يُوهِن البناء، كالحدَّادة والقصَّارة واستئجارِ الأرض للزراعة إن بيَّن ما يزرَع، أو على أن يزرَع ما شاء، أو للبناء أو الغراس وسائر الانتفاعات، وإن لم يبيِّنْ: فهي فاسدة تنقلب صحيحةً بزرعها، ويجب المسمَّى.

[مطلب: في إجارة أراضي النيل مَقِيلا ومُراحًا]

(كثُر في زماننا) في بلاد القاهرة في القرن العاشر لما كثُر النِّزاع في خراج أرض الأوقاف عند عدم رَيِّ النِّيل، فاستعمل المُوثِّقون في صكِّ الإجارة بأن يكتُبوا: (إجارة الأرض)، أي: استأجَر فلان أرضَ كذا، (مَقِيلا ومُراحًا)؛ حرصًا على عدم ضَياع مال الوقف، ولم تكن هذه العبارةُ في شيء من كتب أصحابنا، (قاصِدين بذلك)، أي: بذكر لفظَي «المَقيل» و«المُراح»، (لزومَ الأجر) لأرضِ النيل المُستأجَرة، (وإن لم تُرْوَ بماء النيل)، وليس المقصودُ إجارةَ الأرض لمقيل الدوابِّ ومُراحها، وإنما يستأجرونها للزراعة في نفس الأمر، ويجعلون قولهم: مقيلا ومراحًا، بمعنى: رُوِيتْ بماء النيل أو لم تُرْوَ، ويريدون بذلك الحيلة للزوم الأجر عند عدم الرَّيِّ، فهل تصحُّ هذه الإجارةُ أو لا؟ أفتى المصنِّف رحمه الله وشيخُه الشِّهابُ أحمد بن الشلَبي بصحَّتها، وغيرُه بعدم الصحة.

قال المصنِّف رحمه الله: (ولا شكَّ في صحة الإجارة) بهذا اللفظ وإن لم يُقصَد معناه؛ (لأنها لم تُستأجر للزراعة) بهذا اللفظ ليُشترَط في صحتِها بيانُ ما يُزرَع فيها أو يعمِّم، وإنما استأجَرها للمقيل والمراح وإن لم يكن قاصِدًا لمعناه. (وهما)، أي: المقيل والمراح، (منفعتان) معلومتان (مقصودتان) من العين المستأجَرة، فيصدُق عليهما تعريفُ الإجارة بأنها بيعُ منفعةٍ معلومة بعِوَضٍ معلوم، وهنا قد عُقِدت الإجارةُ على بيع منفعةِ الأرض، وهي المقيل والمراح، بعوضٍ معلوم، وكلُّ ما كان كذلك فتصِحُّ إجارتُه، فالمقيل والمراح تصحُّ إجارته.

دليل الكُبرى قوله: (لما في) كتاب (الإجارة من «الهداية»: «الأرض تُستأجر للزراعة وغيرها»[١]، قال في) شرحها («البناية»: «أي: لغير الزراعة، نحو البناء، والغَرس للأشجار، ونصبِ الفُسطاط، ونحوها»[٢])، أي: المذكورات، كطَبخِ الآجُرِّ والخزَف والمقيل والمراح.

فعُلم أن الأرض تُستأجر للمَقيل والمُراح؛ لأنهما منفعتان مقصودتان يَرِدُ عليهما عقدُ الإجارة.

(وفي «فتح القدير» و«المعراج»)، أي: «معراج الدراية»، (من) باب (البيع الفاسد: ولا تجوز إجارةُ المراعي)، جمع مَرْعَى، مكان الرَّعْي، والمراد ما ينبُت فيه من الكَلَأ، ولذا فسَّره بقوله: (أي: الكَلَأ)؛ لأنها وارِدةٌ على استهلاك العين، لا على المنفعة، فهي باطلةٌ، كما ذكره «ابن الكمال»[٣]. وقيل: فاسدةٌ، حتى تُملَك الأجرةُ بالقبض، وينفُذ عتقُه إذا كانت الأُجرةُ عبدًا. «وهذا إذا نبَت بنفسه، وإن نبت بسَقْيٍ وتربيةٍ[٤]: ملَكه وجاز بيعُه»، «عيني»[٥].

وهل يجوز بيع القصيل؟ إنْ ليقطعَه أو يرسِلَ دابَّتَه فتأكُلَه: جاز، وإنْ لشركةٍ لا، «ظهيرية».

(والحِيلة في ذلك)، أي: في جواز إجارة المرعى، (أن يستأجر الأرضَ ليضرب فيها فُسطاطَه، أو ليجعلَها حظيرةً لغنمه)، أي: اجتماعها فيه، والمقيل والمراح من

---

(١) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الإجارات، آخر باب الإجارة الفاسدة (٩/ ١١٨).

(٢) «البناية»، كتاب الإجارات، باب الإجارة الفاسدة، استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها (١٠/ ٣٠٨).

(٣) انظر: «الإيضاح في شرح الإصلاح»، كتاب البيع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٢١).

(٤) بأن سقاها، أو حدق حولها وهيأها للإنبات.

(٥) انظر: «رمز الحقائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ٢٥).

هذا القبيل، (ثم بعد) استئجارها لذلك (يستبيح المرعى[١]). قيل: لا حاجة إلى هذا؛ لأن المرعى مُباحٌ، وإنما الممنوع دخولُ الأرض بغير إذن ربها. وفيه: أن المرعى محظورٌ تبعًا لحظر دخول الأرض بغير الإذن.

(وذكر الزيلعيُّ الحيلة) في جواز إجارة المرعى (أن يَستأجِرها لإيقاف الدَّوَابِّ)، أعم من حظيرة الغنم، (أو لمنفعةٍ أخرى)، كضرب الفسطاط ونحوه، انتهى[٢]).

فدلَّ كلامُ الزيلعي وما قبله أنه لا يلزم في صحة الإجارة أن يكون المقصودُ من المنفعة ما وقع عليه اللفظُ حتى لا يصح غيره، بل لا بد أن تكون منفعةً مقصودة.

هذا ما قاله المصنِّف.

وبُحِث فيه «بأنه لا يخلو: إما أن يكون المراد بقوله: مقيلا ومراحًا، سواء كان يُنتفَع بها أو لا، فإن أريد ذلك: فالإجارة فاسدة؛ لأنه ينحَلُّ إلى أنها مسلوبةُ المنفعة، ولو صرَّح بذلك لكانت فاسدة، فكذلك إذا صرَّح ما بمعناها؛ أو يكون المراد: ينتفع بها سائر الانتفاعات، ففي صحَّتها أيضا توقُّفٌ؛ لأنه يشترط في إجارة الأرض بيانُ ما يُزرَع فيها، فلو لم يعيِّن: فالإجارة فاسدةٌ، فكذا إذا أطلق الانتفاع، وأيضا هذا شرط لا يقتضيه العقدُ، وكل شرطٍ كذلك يُفسِد الإجارة، كما لو استأجر رحا ماءٍ على أنه إن انقطع ماؤها فالأجرةُ عليه: تفسُد؛ لأنه شرطٌ مخالفٌ لمقتضى العقد، وأيضا الإجارة ما وقعت إلا للزراعة، وذكرُ المقيل والمراح على معنى: رُوِيتْ أو

---

(١) «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٦/ ٤١٩).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٤/ ٤٨).

لم تُزرع، ولا فائدة في هذا الشرط؛ لأنها قد تُزرع في بعض السنين وقد لا تُزرع، والإجارة تعتمد الفائدة"[1][2]. انتهى.

وفي هذه الأدلة كلها نظرٌ، وهو أنا لا نسلِّم أنه إذا قُصد معنى اللفظ أن يكون كاللفظ، وهذا أوَّل المبحث الذي ذكره عن «الفتح» وغيره أنه إذا كان معناه ينتفع بها سائر الانتفاعات أن تكون فاسدة، والمصرَّح به في كتب المذهب أنه لو استأجر الأرض لسائر الانتفاعات [فهو][3] صحيح.

وقوله: شرطٌ لا يقتضيه مقتضى العقد ممنوعٌ؛ لما بيَّنه المصنِّف من أن المقيل والمراح منفعتان مقصودتان، وليس كذلك الزرع؛ لأنه صرَّح بالفساد، وهنا لم يُصرِّح بالمفسد.

وإن قوله: لا فائدة في هذا الشرط ممنوعٌ، وعلى تسليمه ثمت فائدةٌ تُقصد، فتأمل.

[بيان معنى المقيل والمراح]

ثم حقَّق ما سبق بقوله: (والحاصل أنه تقدَّم أن المقيل)، فمقيلٌ على وزن مَفْعِل من باب الضرب، أجوف يائيٌّ في الأصل، نُقلت حركة العين إلى الساكن قبلها، ومَفْعِل يصح أن يكون اسم زمان أو مكان أو مصدرًا ميميًّا، فالمقيل الذي وقع عليه الاستئجار يُراد منه (مكان القيلولة، وهي النوم نصف النهار)، بخلاف العيلولة بالعين؛ فإنها نومٌ بعد الزوال، إذ لا معنى للزمان والمصدر.

---

(١) كذا في «الحموية»، وفي النسخ: (الفاسدة).

(٢) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٣٣ - ٢٣٤).

(٣) ما بين المعقوفين زيادة قدرتها لاستقامة العبارة.

(قال الرازيُّ في تفسير سورة الفُرقان[١]) في قوله تعالى: ﴿أَصۡحَٰبُ ٱلۡجَنَّةِ يَوۡمَئِذٍ خَيۡرٞ مُّسۡتَقَرّٗا وَأَحۡسَنُ مَقِيلٗا﴾ [الفرقان: ٢٤]: (المقيلُ زمانُ القيلولة أو مكانُه)، لم يبيِّن بذلك أن المقيل في الآية اسمُ مكان، ولا معنى للمصدر واسمِ الزمان، (وهو)، أي: المقيلُ، بناءً عل أنه اسمُ مكان، (الفِردوسُ) في الجنَّة، أعلى مكانٍ فيها؛ لأنها مكان القيلولة». قال الزمخشري: «المقيل: المكان الذي يأوُون إليه للاسترواح إلى أزواجهم، والتمتُّعِ بمُغازَلتهن ومُلامَستهن، كما أن المُتْرَفين في الدُّنيا يعيشون على ذلك الترتيب. ورُوي أنه يفرغ من الحساب في نصف ذلك اليوم، فيقيل أهلُ الجنَّة في الجنة وأهلُ النار في النار. وفي معناه قوله سبحانه: ﴿إِنَّ أَصۡحَٰبَ ٱلۡجَنَّةِ ٱلۡيَوۡمَ فِي شُغُلٖ فَٰكِهُونَ ۝٥٥ هُمۡ وَأَزۡوَٰجُهُمۡ فِي ظِلَٰلٍ عَلَى ٱلۡأَرَآئِكِ مُتَّكِـُٔونَ﴾ [يس: ٥٥-٥٦]. قيل في تفسير «الشُّغُل»: افتضاض الأبكار. ولا نومَ في الجنة، وإنما سُمِّي مكانُ دَعَتِهم واسترواحهم مَقيلا على طريق التشبيه. وفي لفظ الـ«أحسَن» رمزٌ إلى ما يُتزَيَّن به مقيلُهم من حُسن الوجوه وملاحة الصوَر، إلى غير ذلك من التحاسين والزِّيَن»[٢]، انتهى.

ثم بيَّن المعنى الثالث للمقيل بقوله: (وفي «القاموس»: القائلة: نومُ نصفِ النهار، و)يقال: (قالَ) فلان، أي: نام نصفَ النهار، (قَيلًا، وقيلولةً، ومَقالا، ومَقيلا)، كلُّها مصادر لـ«قال»، (انتهى[٣]).

فتحصَّل من هذَين أن المقيل يكون اسمَ زمان واسمَ مكان ومصدرًا ميميًّا، والمراد هنا المكانُ؛ لاستحالة الزمان والفعل[٤].

---

(١) انظر: «مفاتيح الغيب» (٢٤/ ٤٥٢).

(٢) «الكشاف» (٣/ ٢٧٩ - ٢٨٠).

(٣) «القاموس المحيط»، باب اللام، فصل القاف (ص ١٠٥١).

(٤) في هامش (خ): (قوله: والفعل، أي: اللغوي الذي هو الحدث، كما لا يخفى، انتهى).

(وأما المُراح)، فهو اسمُ مكان من الرُّباعي؛ (قال في «القاموس»): يقال (أروَح) فلانٌ (الإبلَ، ردَّها إلى المُراح، بضمِّ الميم)، أصلُه «مُرْوَح» على وزنِ «مُفْعَل»، كـ«مُلزَم»، وهذه الصيغة في المزيد تصلُح لاسمِ الزمان والمكان والمصدرِ الميميِّ واسمِ المفعول. فالمراح في عبارة «القاموس» اسم مكان لقوله: (أي: المأوى[١])، للإبل أو لغيرها، (والمكان[٢]).

(وفي «الصحاح»: «أراحَ إبلَه، أي: ردَّها إلى المراح»[٣]).

هذا إذا كان من الرُّباعيِّ.

وأما إذا كان من الثُّلاثي فبيَّنه بقوله: (وفي «المصباح»: الرَّوَاح)، مصدرُ «راحَ»، يقال: راحَتْ الطيرُ، إذا ذهبت (في العَشِيِّ)، ويُطلق على الرجوع أيضًا، (وهو من الزوال إلى الليل)، فذَهابُها قبل ذلك لا يُسمَّى رَواحًا. والمَراح، بفتح الميم، مصدرُه الميميُّ واسمُ زمانه أو مكانه.

(وأما المُراح)، بضمِّ الميم، فهو (حيث تَأوَي الماشيةُ باللَّيل)، زاد على «القاموس» قيدَين.

(والمُناخ والمَأوى مثلُه) من جهة المعنى المذكور.

(وفتحُ الميم)، أي: ميمِ «مَراح»، (بهذا المعنى)، أي: معنى مأوى الماشية بالليل، (خطأٌ)؛ لاختلاف المعنى.

---

(١) «القاموس المحيط»، باب الحاء، فصل الراء (ص ٢٢١).

(٢) في هامش (خ): (قوله: والمكان، لا وجود له في «القاموس»، فالصواب حذفها؛ لأنها عين قوله: أي: المأوى).

(٣) «الصحاح»، باب الحاء، فصل الراء، (روح)، (١/ ٣٦٨).

(واسمُ المكان والزمان والمصدرِ من «أفعَلَ») [بالألف] («مُفعَلٌ»، بضمِّ الميم، على صيغة اسم المفعول)، وكذا اسمُ المفعول.

(وأما المَراح بالفتح، فاسمُ موضع، مِن راحَتْ، بغير ألِفٍ) في أوّلِه. (واسمُ المكان من) الفعل (الثُّلاثي بالفتح).

(والمَراح)، بالفتح: يُطلَق أيضًا على موضِع الرَّوَاح، أي: المكان الذي يذهب منه، يطلق على (الموضع الذي يرُوح القومُ منه ويرجعون إليه[1])، فكما يطلق على موضع الذَّهاب يطلق على موضع الرُّجوع. وهذا مراده، والعبارة لا تفيده.

إذا علمتَ ذلك: (فرجع معنى المَقيلِ) المذكور (في الإجارة إلى مكان القيلولة)، والرُّجوع باعتبار إطلاق المشتَرك وإرادةِ أحدِ معانيه لقرينة. والذي يظهر من كلامه أنَّ جعلَه مصدرًا ميميًّا أقربَ من جعله اسمَ مكان؛ لما فيه من التكلُّف، وليُناسِبَ قولَه: ضرب الفسطاط، والإيقاف المقيس عليهما، فلم يجعله منه، فتأمَّل.

(ويدلُّ على صحَّتِها)، أي: هذه الإجارة، (له)، أي: للمَقيل، (قولُهم: لو استأجَرها)، أي: الأرض، (لنَصْبِ الفُسطاط: جاز) الاستئجار؛ [(لأنه)][2]، أي: إيجار مكان القيلولة استئجاره (لأجل القيلولة).

(ورجَع معنى «المَراح») الواقع في الإجارة أيضًا (إلى مكانِ) الإرواح، أي: (مَأوَى الإبل) مثلا.

(ويدلُّ على صحَّتها)، أي: الإجارة بهذا اللفظ، (له)، أي: للمراح، (قولُهم: لو استأجَرها لإيقاف الدوابِّ، أو ليجعله حظيرةً لغنَمِه: جاز).

---

(١) «المصباح المنير»، كتاب الراء، الراء مع الواو، (ر و ح)، (ص ٢٤٢).

(٢) في النسخ: (لا). والمثبت من النسخة المطبوعة من «الأشباه والنظائر»، ولعله الصواب.

فالمَراح من قبيل الإيقاف والحظيرة، كما أن القيلولة من قبيل ضرب الفُسطاط، وإن لم يكن المقصودُ الإيقافَ ولا ضربَ الفسطاط[١].

[فائدة: تخلية المُؤجَّر أو المبيع البعيدِ باطلةٌ]

(تخليةُ) المؤجَر أو المبيع (البعيدِ) عن حضرة البائع والمشتري أو المستأجِر والمؤجِر: (باطلةٌ)، فلا تكون تسليمًا في المؤجَّر أو المبيع. قالوا: «يشترط في المبيع والمُؤجَّر التسليمُ للبَراءة، وهو أن يخلِّي بينه وبين المبيع أو المؤجَّر على وجهٍ يتمكَّن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن.

وشرَط في «الأجناس» مع ذلك أن يقول: خلَّيتُ بينكَ وبين المبيع[٢]. فلو باع دارًا غائبةً، فقال: سلَّمتُها إليك، فقال: قبضتُها، لم يكن قبضًا، وإن كانت قريبةً: كان قبضًا، وهو أن يكون بحالٍ يقدر على إغلاقها والدُّخولِ فيها، وإلا فهي بعيدة. ودفعُ المفتاح في بيع الدار تسليمٌ إذا تهيَّأَ له فتحُه من غير تكلُّف»، كما في «الدر المنتقى»[٣] عن البهنسي.

وأطلق المصنِّف أن تخليةَ البعيد باطلةٌ كـ«الدُّرَر»[٤]، فشمِل ما إذا مضَى مدةٌ

---

(١) في هامش (ع): (بقي الإجارة إذا وقعت على شيء كالقيلولة والمراح، هل له الانتفاع بغيره كالزراعة مثلا؟ فليراجع).

(٢) انظر: «الأجناس»، كتاب البيوع، جنس: التخلية قبض في البيع (٢/ ٥١).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، فصل فيما يدخل في البيع تبعا (٣/ ٣٢ ـ ٣٣).

(٤) لم أجده في «درر الأحكام». والذي في «البحر الرائق»، كتاب البيع، تتمة لباب البيع، دفع المفتاح تسليم (٥/ ٣٣٣): «أطلق في «المحيط»: إن بالتخلية يقع القبض وإن كان المبيع ببعد عنهما. وقال الحلواني: ذكر في «النوادر»: إذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري، إن كان بقرب منها: يصير قابضا، وإن كان ببعد: لا يصير قابضا...، ثم اعلم أن ما ذهب إليه الإمام الحلواني من عدم صحة =

يتمكَّن من الذهاب إليها والدُّخول فيها أو لا. وصرَّح في «فتاوى السِّراجية» بأن مُضِيَّ المُدَّةِ المذكورة قبضٌ[١]، فيُقيَّد به كلامُ المصنِّف.

(فلو استأجَر قريةً، وهو)، أي: المُستأجِرُ المفهومُ من «استأجر»، (في المصر)، وخلَّى بينه وبينها: (لم يصحَّ تخليتُها على الأصحِّ)، ولا يصير قابِضًا، والناس عنه غافلون؛ فإنهم يشترون أو يستأجِرون الضَّيعةَ في السَّوَاد، ويُقِرُّون بالتسليم والقبض، وهو لا يصحُّ به القبض في ظاهر الرواية، وهو الأصحُّ. ولو أقرَّ بالقبض: إقرارُه باطلٌ، إلا أن يمضي مدَّةٌ يتمكَّن فيها من الذهاب والتسليم، أو يُرسِلان رسولَهما أو وكيلَهما، فيتسلَّمها، كما في «الذخيرة»[٢]. وكذا في الهبة والصدقة[٣].

(كما) هو مذكور (في «الخانية»[٤] و«الظهيرية» في البيع والإجارة).

(وهي)، أي: هذه المسألة، (كثيرةُ الوقوع في إجارة الأوقاف)، فليُحفظ. «فلو أقرَّ المُستأجِرُ بالتخلية والتمكين، ثم أنكر وادَّعى الكذب في إقراره، هل يُحلَّف المقرُّ له؟ قال الحمَوي: يُحلَّف على قول أبي يوسف المُفتَى به»[٥]، انتهى.

= تخلية البعيد هو ظاهر الرواية، كما في «الخانية» و«الظهيرية»، وفي «الخانية»: والصحيح ظاهر الرواية، وفي «الظهيرية»: والاعتماد على ما ذكرنا في ظاهر الرواية. زاد في «الخانية»: وكذا الهبة والصدقة، انتهى. فقد علمت ضعف ما في «المحيط»».

(١) لم أجده في مظانه من «الفتاوى السراجية».

(٢) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب البيوع، الفصل الثالث في حبس المبيع بالثمن وقبض المبيع (٩/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠). وليس فيها ذكر إرسال الرسولين أو الوكيلين.

(٣) أي: فإن القبض فيهما لا يكون بالتخلية في البعيد، بخلاف القريب. كذا في هامش (خ) نقلا عن «حاشية الدر».

(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب في قبض المبيع (٢/ ٢٥٧ ـ ٢٥٨).

(٥) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٣٧).

فإذا آجَر المتولي قريةَ الوقف البعيدة: (فينبغي للمُتولِّي)، أي: يجب عليه ويُؤمَر بذلك، كما في «تلخيص الكبرى»، (أن يذهب مع المُستأجِر إلى القرية، فيُخلِّي بينه وبينها، أو يرسل وكيلَه؛ إحياءً لمال الوقف) بالإجارة الصحيحة، ولو علَّل بصحة الإجارة لكان ظاهرًا.

[فرع: إقرار الموقوف عليه لغيره بالاستحقاق]

(أقرَّ الموقوفُ عليه) المشروطُ له الرَّيع (بأن فلانًا يستحِقُّ معه كذا) من الوقف، (أو) أقرَّ (أنه يستحِقُّ الرَّيع دونه، وصدَّقه فلان) في الصورتَين: (صحَّ) هذا الإقرار (في حقِّ المُقِرِّ دون غيره) من الموقوفِ عليهم (من أولاده وذُرِّيَّته، ولو)، وَصْلية، (كان مكتوبُ الوقف مُخالفًا له)، أي: لهذا الإقرار، بأن كان فيه شرط: لفُلان من الرَّيع كذا، (حَمْلا)، أي: وتندفع هذه المخالفةُ بإمكان حمل مكتوب الوقف، (على أن الواقفَ رجَع عما شرَطه) من الرَّيع لفلان، يعني: إذا كان شرطُ الرجوع له في أصل الوقف، فيَتِمُّ على قول الجميع، وصحَّ على قول محمد إن كان قبل التسليم، (و)أن الواقف (شرَط ما أقرَّ به) المُقِرُّ للمُقَرِّ له.

(ذكره الخصَّاف في بابٍ مُستقِلٍّ، وأطال في تقريره)، حيث قال: «أرأيتَ الرجل إذا قال: قد جعلتُ أرضي هذه صدقةً موقوفة لله عز وجل أبدًا على زيدِ بنِ عبد الله وعلى ولدِه، وولدِ ولدِه، ونَسْلِه، وعقِبه، أبدًا ما تناسَلوا، ثم من بعدهم على المساكين. قال: هذا وقفٌ جائز. قلت: فما تقول إن أقرَّ زيدٌ أن الواقف قد جعل هذا الوقف عليه وعلى ولده وولد ولده أبدًا ما تناسَلوا، وعلى هذا الرجل، والرجلُ يدعي ذلك؟ قال: لا يصدَّق زيدٌ على ولدِه وولدِ ولده؛ لئلا يدخُل عليهم النقضُ في حقوقهم بإقراره لهذا الرجل، ولكن ينظر إلى الغلَّة عند حضورها، فتقسم على زيد وعلى كلِّ مَن كان موجودًا من ولده وولدِ ولدِه ونسلِه، فما أصاب زيدًا منها دخَل الرجل المقَرُّ له معه في

حصته، وكانت حصتُه بينهما أبدا ما كان زيدًا في الحياة، فإذا حدث الموتُ على زيد: بطل إقرارُه، ولم يكن للرجل الذي أقرَّ له حقٌّ في الغلة»، انتهى. فليس في عبارته: «ولو كان مكتوبُ الوقف مخالفًا»، وإن كان مفهومًا من كلامه.

وفي «الفتاوى الخيرية»: سُئل فيما إذا ادعى رجلٌ على ناظرِ الوقف أنه من المستحقِّين فيه، فأقرَّ بما ادعاه: ينفُذ عليه إقرارُه خاصة، ويشارِكه فيما يَخُصُّه، وإذا مات المقِرُّ: يبطُل إقرارُه، ويعطَى ما كان له وللمقَرِّ له إلى من يستحِقُّه من أهل الوقف المعلومين[1]، كما صرَّح به الناصحيُّ و«الإسعاف»[2] و«التاتارخانية»[3]، وصرَّح به الخصَّاف... إلخ.

وهذا بخلاف ما لو أسقط المستحِقُّ استحقاقَه المشروطَ له، فإنه لا يسقُط بالإسقاط؛ قال في «الدر المنتقى»: «أقرَّ المشروطُ له الرَّيعُ أو بعضُه أو النظَرُ أنه يستحِقُّه فلان دونه: صحَّ، ولو كتابُ الوقف بخلافه. ولو جعله لغيره، أو أسقطه: لم يصحَّ»[4]، انتهى.

وفي «إجابة السائل»: «وغيرُ خافٍ عليك ما بين إسقاطِ الحق والإقرار من الفرق البيِّن»[5]، انتهى. فلا تغترَّ بما قاله شيخُنا هنا مستنِدًا إلى عبارة «الخانية» من أن «الاستحقاق المشروط كالإرث لا يسقُط بالإسقاط، قال: وهذا مما يجب القطعُ

---

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: إذا أقر الناظر المستحق لآخر (١/ ١٤٠).

(٢) انظر: «الإسعاف»، باب في إقرار الصحيح بأرض في يده أنها وقف (ص ٤٤ ـ ٤٥).

(٣) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوقف، الفصل السادس في الإقرار بالوقف (٨/ ٥٣ ـ ٥٤).

(٤) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٦٠٥ و٢/ ٦٠٩).

(٥) في هامش (خ): (قوله: من الفرق؛ فإن الإقرار إخبار عن أمر ماض، فيحمل على الصحة، وأما الإسقاط، فإنشاء فيه تغيير للمشروع، انتهى).

به»[١]، انتهى؛ إذ لا منافاةَ بين عبارة «الخانية» وبين ما هنا، كما علمت.

[فائدة: ما شرطه الواقف لاثنين ليس لأحدهما الانفراد]

كلُّ (ما شرَطه الواقف لاثنين[٢])، ومنه النظرُ والتولية، (ليس لأحدهما الانفرادُ)، بتعاطي الوقف عند أبي حنيفة ومحمد، خلافًا للثاني. «وأما لو وكَّل أحدُهما صاحبَه، أو أوصَى به[٣]: فله أن يَنفرِد عندهما، خلافًا لأبي حنيفة»، كما في «خزانة الأكمل»[٤].

(إلا إذا شرط الواقفُ الاستبدالَ لنفسه ولآخَرَ، فإن للواقف الانفرادَ، لا للآخَرِ)؛ لأن الواقف هو الذي شرَطه له، وما شرَطه لغيره فهو مشروطٌ لنفسه. وقد يقال: لا فائدةَ حينئذ في اشتراطه معه؛ لأن الواقف إذا صحَّ انفراده: كان غيرُه كالعدم. والظاهر أن هذه المسألة مفرَّعة على قول أبي يوسف من جواز عزلِ المتولِّي بلا شرط. وأما على قول محمد، فينبغي أن لا يملِكَ الاستبدالَ وحده، كذا ذكره بعضُ الأفاضل.

(كما في «فتاوى قاضي خان»[٥]).

(ومقتضى ما ذكَره) من أن ما شرَطه لاثنين لا ينفرد أحدُهما أنه (لو شرَط الواقفُ لهما (الإدخالَ والإخراج: ليس لأحدهما ذلك)، [أي:] الانفراد، (ولو بعد

---

(١) «عمدة الناظر» (ل/ ١٤٤/ ب).

(٢) في هامش (خ): (قوله: لاثنين باسمهما العلمي، كزيد وعمرو، بخلاف ما إذا شرط لأولاده أو لولديه؛ لأنه يراد به الجنس من غير ملاحظة الذات، بخلاف الاسم العلم، فإنه يراد به خصوص الذات المعينة).

(٣) في «خزانة الأكمل»: (إليه).

(٤) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، تولية (٤/ ٤٤٦).

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، آخر فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٨).

موتِ الآخر، فيبطُل[(١)] ذلك الشرطُ بموت أحدهما). ويؤيِّده ما في «كافي» الحاكم: لو وكَّل رجلَين ببيع شيءٍ: لم يجُزْ لأحدهما الانفرادُ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقلُه: لم يكُنْ للآخر بيعُه.

[فرع: شرَط النظرَ لهما، فمات أحدُهما]

(و)يُخرَّج (على هذا) الأصل، وهو ما شرطه لاثنَين... إلخ: (لو شرط) الواقف (النظرَ لهما)، أي: للاثنين، (فمات أحدُهما: أقام القاضي غيرَه) إذا لم يوصِ لأحدٍ، وإلا فإن أوصى إلى الحيِّ أو غيره: فله التصرُّف، كما قالوا في الوصيَّين إذا مات أحدهما. «والمُتولِّيان في الحكم كالوصِيَّين»، كما في «التنوير» و«شرحه»[(٢)].

(وليس للحيِّ الانفرادُ إلا إذا أقامه القاضي ناظرًا، كما في «الإسعاف»). قيل: لم يوجَد ذلك فيه، وعبارته: «ولو جعل ولايتَه لرجلَين، فقبِل أحدُهما وردَّ الآخر: يَضُمُّ القاضي إلى من قبِل رجلا آخرَ ليقوم مقامه. وإن كان الذي قبِل موضِعًا لذلك، ففوَّض القاضي إليه أمرَ الوقف بمفرَدِه: جاز»[(٣)]، انتهى. وقد يقال: يُفهَم ما ذكره المصنِّف من كلامه.

---

(١) في هامش (خ): (اعترض ذلك في «فتاوى الطوري» من كتاب الوقف، وأفاد أنه لا يبطل بموت أحدهما، بل للآخر، فقبل ذلك، وكذلك إذا مات أحد الناظرين: فللآخر الولاية إذا جعل الواقف الولاية لهما ما داما يعيشان، وإلا فليس له فعل ذلك، فراجعه في قوله: سئلت عما إذا جعل الواقف الإدخال والأخراج... إلخ).

(٢) انظر: «الدر المختار»، كتاب الوصايا، باب الوصي (ص ٧٤٦).

(٣) «الإسعاف»، باب الولاية على الوقف (ص ٥٠).

[فائدة: الناظرُ وكيلُ الواقف عن أبي يوسف، ووكيلُ الفقراء عند محمد]

(الناظر وكيلُ الواقف عند أبي يوسف، ووكيلُ الفقراء عند محمد رحمهما الله تعالى). فينبني على ذلك الخلاف أن الناظر (ينعزِل بموت الواقف عند أبي يوسف)؛ لأن الوكيل ينعزل بموت مُوكِّله، (و)كذا (له)، أي: للواقف، (عزلُه)، أي: الناظر، (و)كذا (يبطُل ما شرَطه له) بموته، (خلافًا لمحمَّدٍ في الكلِّ)، أي: كل هذه المسائل، فلا ينعزل بموته، وليس له عزلُه، ولا يبطُل ما شرطه له. وقد تقدم الكلام على ذلك.

وينبغي على قول محمد أن الناظر يُصدَّق بيمينه في دفع الاستحقاق إلى الفقير ما دام الفقيرُ حيًّا، ولا يحتاج إلى بيِّنةِ الدفع؛ لأن الوكيل بقبضِ الدين إذا ادَّعى إيصالَه إلى موكِّله في حياته: يصدَّق في حقِّ نفسه لدفع الضمان ولا يحتاج إلى بيِّنة، فكذا هنا، بخلافه على قول أبي يوسف، فإنه يُصدَّق في حقِّ نفسه لدفع الضمان عنه، ومدَّعِيًا في حقِّ الفقراء، فلا يصدَّق إلا ببيِّنة، وإلا يُدفع من الوقف ثانيًا.

[فائدة: لا يجوز السكوتُ عن مُستأجِر الوقف بغَبْن فاحش]

وقولُه: (في الدُّور)، متعلِّقٌ بقوله: لا يُعذَر، الآتي، (والحوانيت المُسبَّلة)، أي: الموقوفة، وكذا الأرض المُسبَّلة للزراعة، إذا كانت (في يد المستأجِر يُمسِكها بغبْنٍ فاحش)، ثم بيَّن الغبن الفاحش عاطفًا عليه عطفَ بيان قولَه: (نصفِ أجرِ المثل أو نحوه)، أي: قريبًا منه، وهو الخُمس، فإنه اعتُبر في العقار غَبْنًا فاحشًا، كما في «الخيرية».

ولا يخفى أن قوله: يمسِكها بغَبْن فاحش، صادقٌ بما إذا كان حين العقد أو طرَأ عليه بعده، بأن زاد أجرُ المثل بازدياد الرَّغَبات، كما في «إجابة السائل»، (لا يُعذَر أهلُ المحلَّة بالسُّكوت عنه إذا أمكَنهم دفعُه)، أي: المستأجِر بالقول أو الردِّ، يعني:

فيَأثمون كلُّهم بنفس السُّكوت، فما بالُك بالمُتولِّي والكاتب إذا تَركوها، ولا سِيَّما لأجل الرِّشوة.

(ويجب على الحاكم) إذا رُفعت إليه تلك (القضيَّةُ أن يأمُره)، أي: المستأجر، (بالاستئجار بأجر المثل، ووجب عليه)، أي: المستأجر، (تسليمُ زائدِ السنين الماضية) بالغا ما بلغ، «وعليه الفتوى»، «در منتقى»[(١)].

(ولو كان القيِّمُ ساكتًا مع القدرة على الرفع إلى القاضي: لا غرامةَ عليه)، أي: المتولي، أي: لا يلزمه دفعُ ما زاد في السنين الماضية، (وإنما هي)، أي: الغرامة، (على المُستأجِر) على المُفتى به؛ لأن الغُرْمَ بالغُنْم. وغلَط في هذا بعضُهم.

بقي: هل إذا قدر المتولِّي على الرفع، ولم يرفع: يكون خيانةً يُعزَل بسببها؟ في «البيري»: «نعم»[(٢)].

[مسألة: ظفِر الناظرُ بمالِ الساكن في الوقف بدون أجرِ المثل]

(وإذا ظفِر الناظرُ بمالِ الساكن) في الوقف بدون أجر المثل، «وكان من جنس حقِّه»، «حموي»[(٣)]: (فـ)يجوز (له)، أي: الناظر، (أخذُ النقصان) عن أجر المثل منه، أي: من ماله، فإذا أخذه: يُصرِفه في مصارفه، أي: الوقف، (قضاءً وديانةً)، متعلِّقان بـ«يجوز»، (كذا في «القنية»).

إذا عُلم أن إيجارَ الوقف بدون أجرِ المثل حرامٌ: فإعارته حرامٌ بالأَولى. وهل

---

(١) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٦٠٠).

(٢) قال البيري: «أقول: قال في «الذخيرة»: باع المتولي ورق أشجار التوت... إلخ: يقتضي أن الناظر بسكوته يكون خائنًا». انظر: عمدة ذوي البصائر (١/ ٥٧٤).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٣٩).

يستحِقُّ العزلَ بالإجارة بدون أجر المثل أو بالإعارة؟ في الإعارة: نعم، وفي الإجارة: إذا كان مأمونًا، وآجَر بالأقلِّ سَهْوًا أو غفلةً: لا يعزله القاضي، وأمَر المستأجِر بإتمام أجر المثل، وإن كان غيرَ مأمونٍ: يعزله، كما في «الخصَّاف». وكذا إذا آجَرها ممن يخاف عليه: يُبطِل القاضي الإجارة، ويُخرِجها من يد المستأجر، انتهى.

[فرع: لا يُقبل دعوى القيِّم أن القاضي المعزول أجرَى له مُشاهَرةً إلا ببيِّنة]

إذا عيَّن القاضي للقيِّم من الوقف شيئًا مُشاهَرة أو مُسانَهة، ولم يكن عيَّن الواقفُ له شيئًا، ثم (عُزِل القاضي)، أي: عزَله السلطان، (فادَّعى القيِّم أنه)، أي: القاضي المعزول، (قد أجرَى له)، أي: للقيِّم، (كذا)، أي: مقدارًا من الدارهم أو الدنانير، (مُشاهَرةً) كلَّ شهر، (أو مُسانَهة) كلَّ سنة، (وصدَّقه) القاضي المعزولُ (فيه)، أي: المقدار المعيَّنِ: لا يُعتبَر تصديقُه، و(لا يُقبل قولُه)، أي: القيِّم، (إلا ببيِّنة) يُقيمها على أن القاضي حين كان قاضيًا فعَل ذلك، كما في «الخلاصة»[1]؛ لاحتمال تواطُئِهما على ما تصادَقا عليه لغرضٍ. وكذا الوصي إذا ادَّعى أن المعزول حاسَبه وصدَّقه: لا يُصدَّق إلا ببيِّنة.

(ثم إن كان ما عيَّنه) القاضي المعزولُ (أجرَ مثلِ عملِه أو دونه: يُعطيه) القاضي (الثاني)، أي: المنصوب بعد إقامة البيِّنة ما عيَّنه له، (وإلا)، بأن كان ما عيَّنه له أكثرَ من أجر المثل، (يحُطُّ الزيادةَ، ويُعطيه الباقي).

وحاصلُ ما ذكره في «إجابة السائل» أن الواقف لو شرط للناظر أكثرَ من أجر مثله: يُتبَع، وإذا شرط الأقلَّ هل للقاضي أن يُكمِله؟ قال في «أنفع الوسائل»: نعم[2].

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الثامن في نصب الوصي، الجنس الثالث في التصرف من الوصي (٤/ ٤٤).

(٢) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف في كتاب الوقف الولاية لشخص (ص ٢٦٩).

وأما منصوب القاضي، فيستحِقُّ أجرَ المثل. وهل يشترط تعيين القاضي له ذلك؟ فاختلف نقل «القنية»، فنقل أوَّلا أن القاضي لو لم يعيِّن له أجرًا، فعمِل سنةً: لا شيءَ له، ونقَل ثانيًا أنه يستحِقُّ أجرَ سَعْيِه، شرَط القاضي له أجرًا أو لا؛ لأنه لا يقبل القِوامةَ ظاهرًا إلا بأَجْر، **والمعهود كالمشروط**. وقالوا: إذا عمل القيِّمُ في عمارة المسجد والوقف كالأجير: يستحِقُّ أجرَ العمل، لا القِوَامة.

فهذا يدل على أنه إن عمل: يستحِقُّ الأجر، وإن لم يعمل: لا يستحِقُّ أجرَ القوامة، وبذلك صرَّح في «الفتح»، وقال: «إنه في زمن العمارة كسائر المستحقِّين، فيقطع عليه للعمارة، إلا أنه إن عمل: يستحِقُّ الأجر، وإن لم يعمَلْ: لا يأخُذ شيئًا. وفي «الخانية»: «وقف ضيعةً على مواليه ومات، فجعل القاضي الوقفَ في يد قيِّمٍ، وجعَل له عُشر الغَلَّات مثلا، وفي الوقف طاحونةٌ في يد رجلٍ بالمُقاطَعة لا حاجةَ فيها إلى القيِّم، وأصحابُ هذه الطاحونة يقسِمون غلَّتَها: لا يجب للقيِّم فيها ذلك العُشر؛ لأن القيِّم لا يأخُذ ما يأخُذه إلا بطريق الأجر، فلا يستوجب الأجرَ بلا عمل»[1]، انتهى. فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف. أما إذا شرَط: كان من جملة الموقوف عليهم»[2]، انتهى، أي: فيستحِقُّ الأجرَ وإن لم يعمل.

وهذا يجب حملُه على ما إذا لم يعمل لا بتقصير منه. وأما إذا قصَّر، بأن ترَكه هكذا ضائعًا: لم يستحِقَّ شيئًا.

ومعنى قول القاضي[3]: جعَل له عُشْر الغلَّة، أي: التي هي أجرُ مثله، لا ما

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، آخر باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٣٠١).

(٢) «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٢٣).

(٣) أي: قول قاضي خان، في النقل المار آنفا.

توهَّمه أربابُ الأغراض الفاسدة؛ يدل على ذلك ما في «القنية»: عزل القاضي... إلى آخر ما ذكره المصنف، انتهى كلامُ «الإجابة».

[فائدة: يصحُّ تعليقُ التقرير في الوظائف]

(**يصحُّ تعليقُ التقرير في الوظائف**)، وكذا الإضافةُ فيها إلى رأس الشهر مثلا، ممن له ولايةُ التقرير من واقفٍ، أو قاضٍ، أو سلطانٍ، أو متولٍّ مأذونٍ له من قِبَل السلطان أو الواقف. وأما القُضاة الآن، فمعزولون عن التقرير بموجب الأمر السُّلطاني، كما صرَّح به شيخ الإسلام عبد الله آفندي في «فتاواه». هذا في الوظائف التي فيها البراءات السُّلطانية، كما يُفهم من كلامه.

وهذا الحكم مأخوذٌ بطريق القياس على مسألةٍ أشار إليها بقوله: (**أخذًا من جواز تعليقِ السُّلطان القضاءَ والإمارة**)، وكذا إضافتُهما؛ (**بجامع الولاية**) في كلٍّ، كأن يقول: إذا دخلتَ بلدةَ كذا فأنتَ قاضٍ بها أو أميرٌ، أو جعلتُكَ قاضيًا رأسَ الشهر، فإنه صحيح. فلو مات المعلِّق ـ على صيغة اسم الفاعل ـ قبلَ وصول القاضي أو الأمير إلى البلدة، أو قبل رأس الشهر: بطل؛ لأن **المعلَّق بالشرط عند وجود المشروطِ كالمنجَّز**، وبعد الموت لا أهليةَ، كما إذا قال لامرأته: أنتِ طالق غدًا، ومات قبل الغد.

(**فإذا قال القاضي**) أو السُّلطان: (**إن مات فلانٌ، وشُغِرتْ وظيفةُ كذا**)، أي: بقيتْ شاغرةً خاليةً من صاحبها، (**فقد قرَّرتُك فيها: فـ**)هذا (**التقريرُ صحيح، وقد ذكَره**)، أي: هذا الحكمَ في هذه المسألة، (**في «أنفع الوسائل» تفقُّهًا**)، أي: فَهْمًا من كلامهم، لا اطِّلاعًا على منقول. (**وهو**)، أي: التفقُّه، (**فقهٌ حسَن**[1]).

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، مسألة: تعليق الولاية بالشرط (ص ٥٩٧ ـ ٦٠٠).

وهل للمُعلِّق الرجوعُ قبل الموت والشغور؟ في «البيري» ما يقتضي عدمَ صحة الرجوع؛ لما قاله: «واستظهر الشيخُ الشهاوي عدمَ الاحتياج لتقريرٍ جديدٍ بعد الشغور، وقال: وعليه فلو قرَّر غيرَه[1]: لا يصحُّ، وهو **ظاهر الوجه**؛ لأنه بمجرَّد الشغور يستحِقُّه المعلَّق له، فتقريرُ غيرِه يوجب عزلَه، وإخراجُه من غير جُنحةٍ شرعية لا يجوز»[2].

وقيل: إن هذا السؤال مبنيٌّ على الاختلاف في الوكالة فيما إذا وكَّل رجلا وكالةً مرسَلة، ثم قال: كلَّما عزَلتُكَ فأنتَ وكيلي في ذلك وكالةً مقيَّدة، ثم قال: عزلتُكَ عن تلك الوكالاتِ كلِّها، فإنه ينعزِل عن الوكالة المُرسَلة، وهل ينعزل عن الوكالة المقيَّدة؟ قال في «المحيط»: نعم؛ على قول محمد، وعند الثاني: لا. فعلى هذا الاختلاف يجاب عن السؤال؛ إذ لا فرقَ بين الموكِّل والقاضي، انتهى.

وفيه: أن أرباب الوظائف ما عدا القيِّم ليسُوا بوُكلاءَ، كما تقدَّم.

واعلَمْ أن الجامِكِيةَ في الأوقاف لها شَبَهٌ بالأُجرة باعتبار زمنِ المباشرة، وشَبَهٌ بالصدَقة، فتصحُّ على الأغنياءِ ابتداءً، وشبَهٌ بالصِّلة، فتتِمُّ بالقبض.

[فائدة: وظيفة الإمام والمُؤذِّن والقاضي كالصِّلة، وقيل: كالأُجرة]

(وفي «فوائد صاحب المحيط»: للإمام والمؤذِّن وقفٌ)، أي: وظيفةٌ قد استُحِقَّتْ، (فلم يَستوفِيا) وظيفتَهما (حتى ماتَا: سقَط) حقُّهما فيه؛ (لأنه) ما استُحِقَّ لهما من الوظيفة (في معنى الصِّلَة)، و**الصِّلَةُ لا تتِمُّ إلا بالقبض**، فلا تُستَردُّ حصةُ باقي السَّنة لو مات أو عُزِل.

---

(١) أي: غير من علق له.

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٧٥).

(وكذا الحكم في القاضي) لو مات أو عُزِل بعد الاستحقاق، وقد عُيِّن له في بيت المال: يسقُط، (وقيل: لا يسقُط؛ لأنه كالأُجرة، انتهى) كلام «الفوائد»، ذكره في «الدُّرَر والغُرَر»[١]، وظاهرُه ترجيحُ الأوَّل، (و)لكن (جزم) الزاهدي (في «البُغْية تلخيص القنية») بعدم السُّقوط، وقال (بإنه يورَث عنهما، بخلاف رِزْق القاضي)، فإنه يسقُط فلا يورَث. وأقرَّ ما في «البُغية» الشُّرُنبُلاليُّ[٢] و«النهرُ»[٣].

قال الشيخ الديري: وينغبي أن يعمل بهذا القول[٤] في حقِّ المدرِّس والطلَبة؛ لأن معنى الأُجرة غالبٌ في حقِّهم نظرًا إلى سَعْيِهم وقراءتهم، بخلاف الإمام والمؤذِّن، فإن الأَولى أن يعمل في حقِّهما بالسقوط بالموت؛ لأن الأذان من شعائر الإسلام وفروض الكفاية، والأصلُ فيه أن لا يكون بأجرة، وإنما اختار المتأخِّرون أخذَ الأُجرة عليه خشيةَ التعطيل. قال البيري: «وهو فقه حسن»[٥].

واعتمد ابنُ ظهيرة ما في «البغية» أيضا، حيث سُئل عن من له استحقاقٌ في دفتر الصر أو الحب، ومات في أثناء السنة قبل وصول الاستحقاق إليه، هل يستحق قسطَه؟ أجاب: نعم. ونقل في «فتاوى النوازل» أنه يكون لورَثته، وبه أفتى البيريُّ مِرارًا[٦].

وفي «الزاهدي»: «إن الإمام والمؤذِّن والمدرِّس إذا لم يُباشِروا في أكثر السَّنة:

---

(١) «درر الحكام»، كتاب الجهاد، قبيل باب المرتد (١/ ٣٠٠ ـ ٣٠١).

(٢) «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الجهاد، قبيل باب المرتد (١/ ٣٠١).

(٣) انظر: «النهر الفائق»، كتاب الجهاد، باب الغنائم وقسمتها (٣/ ٢١٤ ـ ٢١٥).

(٤) أي: عدم سقوط المعلوم بموت المستحق.

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٧٦).

(٦) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٧٦ ـ ٥٧٧).

فللمتولي أن يُعطيَ كلَّ واحدٍ منهم ما شاء، إذا كان الوقفُ على كلِّ من يُدرِّس، أو كلِّ من يَؤُمُّ، أو كلِّ من يؤذِّن. ولا يُعتبر في حقِّهم وقتُ خروج الغلَّة لشَوب الإجارة؛ إذ المُدرِّس يَتردَّد لمكان معيَّنٍ، ويقرَأ ويُفيد الطلبة، ويُهدِي ثوابَه للواقف، وكذلك الفقيه والإمام، وهذا كلُّه عملٌ ليس بواجبٍ عليه، فكان القدرُ الذي يتناوله من الوقف هو الذي في مقابَلة هذا العمل في معنى الأُجرة»، انتهى.

ويؤيِّد هذا كونَه كالأُجرة؛ قال في «الدر المنتقى»: «لا يبعُد أن يُفهَم منه أن ما قابل العملَ كالأُجرة، وما لا فكالصدقة، فتنبَّه له، فإني لم أرَ من نبَّه عليه»[١].

[مطلب: في حكم الوظائف المتعلِّقة بأوقاف الأُمراء والسلاطين]

(وفي) كتاب («الينبوع») للحافظ (السيوطي): هذا (فرعٌ: نذكُر ما ذكره أصحابُنا الفقهاء) الشافعية (في) حكم (الوظائف المُتعلِّقة بالأوقاف)، أي: أوقاف المُلوك والأُمراء وغيرهم من جهة مراعاةِ شروطها وحِلِّ معلومها. فأما (أوقاف الأمراء، و)أوقاف (السلاطين) كلُّها، سواء كانت على جوامع أو مساجد أو مدارس، أو على فتوى، أو على ذُرِّيَّة، (إن كان لها أصلٌ في بيت المال)، أي: مأخوذة منه، (أو ترجع إليه)، أي: أو كان لها رجوعٌ إليه، كما إذا غصَب السُّلطان أو الأميرُ مالَ إنسان، ثم مات المغصوبُ منه، ولا وارثَ له غير بيت المال، فإنه وإن لم يكن حين أخَذه من بيت المال، لكنَّه رجع إليه، (فيجوز لمن كان بصفة الاستحقاق) في بيت المال (من عالمٍ للعُلوم الشرعية)، وهي التفسير والحديثُ والفقه وآلاتُها والأصلان، (و)من (طالب علمٍ كذلك)، أي: للعلوم الشرعية، وأما العلوم الغير الشرعية فلا حقَّ لطالبيها في بيت المال، (و)من (صُوفيٍّ على طريقة الصوفية من أهل السنة

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٩٠).

والجماعة)، أي: الذين يتِّبعون عقيدتَهم، **(أن يأكُل)**، فاعلُ «يجوز»، أي: جاز لكلِّ واحدٍ من هذه الفِرَق لاستحقاقهم في بيت المال أن يأكُل ويأخُذَ **(مما وقَفوه)**، أي: الأمراء أو السلاطين، **(غيرَ مقيَّد بما شرَطوه)** من كونه على إمامٍ أو مؤذِّن أو غيرهما، **(ويجوز له في هذه الحالة)**، أي: حالة كونه إمامًا أو مؤذِّنا أو غيرهما، **(الاستنابةُ لعُذرٍ وغيره)**، بل **(ويتناول المعلومَ وإن لم يُباشِرْ ولا استناب)**، أي: وإن لم يَستنِبْ، **(و)**يجوز **(اشتراكُ اثنَين فأكثر في الوظيفة الواحدة، و)**يجوز جمعُ **(الواحد عشرةَ وظائف)**، والعطف فيه من قبيل «عَلفتُها تِبْنًا وماءً باردًا».

(ومن لم يكن بصفة الاستحقاق من بيت المال)، بأن لم يكن واحدًا من الفِرَق الثلاث، وليس محصورًا فيها؛ لأن المُستحقِّين في بيت المال كثيرون، منهم العامِلون والأشرافُ وغيرهم، وأشار إلى عدم الحصر بالإطلاق هنا، **(لم يَحِلَّ له الأكلُ من هذا الوقف، ولو)**، وصلية، **(قرَّره الناظر وباشَر الوظيفة؛ لأن هذا)** الوقف **(من بيت المال)**، وبيتُ المال **(لا يتحوَّل عن حكمُه الشرعي)**، وهو كونُه للمسلمين يُصرَف في مصارفه، فلا يصير وقفًا **(بجعْلِ أحدٍ)**؛ لأنه لا يملكه أحد.

هذا في أوقاف الملوك والأمراء المأخوذة من بيت المال.

وأما المملوكةُ لهم بشرائهم لها من بيت المال أو غيره، فذاك لا يعتبر فيه إلا ما يعتبر في الوقف؛ لأنها أوقاف صحيحة. **(وأما ما يتوهَّمه كثيرٌ من الناس من يقول)** هذا القول، أي: بعدم صحة ذلك في مطلَق أوقافهم حتى **(في ملكه الذي وقفه)** من غير بيت المال، **(فهو)**، أي: هذا القول، **(توهَّمٌ فاسد، ولا يُقبل في باطن الأمر)** وحقيقته، بل الحقُّ التفصيل.

وتفصيل ذلك: **(أما أوقافٌ ملَكها واقِفُوها)** قبل وَقْفِها ثم وقفوها، **(فلها حكمٌ**

آخر) غيرُ ما تقدَّم، (وهي قابلةٌ) لأحكام الأوقاف ومراعاةِ شروطِ واقفيها، وقليلةٌ (بالنسبة إلى تلك)، أي: المأخوذةِ من بيت المال.

(وإذا عجَز الوقفُ)، أي: وقف الأمراء والملوك وغيرهم، (عن الصَّرْف إلى جميع المُستحقِّين)، بأن كان لا يَفِي بمَصارفه، (فإن كان) ذلك الوقفُ (أصلُه من بيت المال: رُوعي فيه)، أي: في مصارفه، (صفةُ الأحقِّيَّة من بيت المال)، فكلُّ من كان أحقَّ ومقدَّمًا في بيت المال يُقدَّم في هذا الوقف؛ لأنه من بيت المال حقيقة.

(فإن كان) من (أهل الوظائف من هو بصفة الاستحقاق من بيت المال، وليس غيرُه)، أي: البعض الآخر، (كذلك)، أي: موصوفًا بهذه الصفة: (قُدِّم الأوَّلون)، أي: من هو بصفة الاستحقاق، (على غيرهم) ممن ليس كذلك. ثم بيَّن الموصوفين بصفة الاستحقاق من بيت المال (من العلماء، وطلَبة العلم، وآلِ الرسول)، زاد هنا آلَ الرسول وحذَفه مما تقدَّم، وذكَر الصوفيةَ إشارةً إلى أن الاستحقاق لا يختصُّ بالفِرَق الثلاث المتقدمة، وكذلك لا يختصُّ بهم وبما زادَه هنا، كما تقدم.

(وإن كانوا)، أي: المستحِقُّون في الوقف، (كلُّهم بصفة الاستحقاق) من بيت المال (قُدِّم الأحوجُ فالأحوج، فإذا استَووا في الحاجة: قُدِّم الأكبرُ فالأكبر)، يعني: الأعظمَ وظيفةً، كما يُشير إليه التفريعُ بقوله: (فيُقدَّم المدرِّسُ، ثم المؤذِّن، ثم الإمام، ثم القيِّم).

(وإن كان الوقفُ مأخوذًا من بيت المال)، فإن كان فيه شرطٌ من تقديم أحدٍ: (يُتبَع شرطُ الواقف، وإلا فإن لم يُشترَط فيه تقدُّم أحدٍ: لم يُقدَّم فيه أحدٌ، بل يُقسَم على كلٍّ منهم جميع أهل الوقف بالسَّوِيَّة، أهلِ الشعائر وغيرهم، انتهى) كلامُ السيوطي في «الينبوع» (بلفظه).

فهذا كما تراه مخالفٌ لمذهبنا من وجوه:

[مطلب: في جواز الاستنابة في الوظائف]

الأوَّل: جواز الاستنابة بعُذرٍ وبغيره في الأوقاف الصورية. فمفهومه: أنه في الأوقاف الحقيقية لا تجوز الاستنابةُ إلا بعذرٍ، وبه أفتى ابنُ ظهيرة من أئمَّتنا. ونُقل عن المفتي أبي السعود التفصيل، وهو: «إن كانت الوظيفةُ لا تقبَل النيابة أصلا، كطلب العلم وأضرابِه: فلا يشتبه بطلانُها على أحد، وإن كانت مما يقبَلها، كالتدريس والإفتاء ونظائرهما، فإن كان لعذرٍ شرعي، وكان النائبُ في إقامة الوظيفة كالأصليِّ أو خيرًا منه: جاز إلى أن يزول العذرُ، إلا أن المعلوم للنائب بتمامه، ليس للأصليِّ منه شيء، إلا أن يتبرَّع النائبُ عن طِيبِ نفسٍ منه ورِضًا كاملٍ لا يحولُ حوله شيءٌ من الخوف والحياء، وهيهاتَ»[1]، انتهى.

وفي «معين المفتي» نقلا عن «الخصَّاف»: «إن استحقاق المعلوم مَنُوطٌ بالمُباشرة، فإن وُجِدتْ: استحقَّه، ومن لا فلا»[2]. فاستنبَط منه صاحبُ «أنفع

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٧٨).

(٢) «معين المفتي»، كتاب الوقف، مسألة: وقف المنقول (ص ٣١٢).

وفي هامش (خ): (وفي «أبي السعود» نقلا عن «الحموي» ما نصه: وقد رأيت بخط بعض الفضلاء أن المسجد إذا خرب، أو خربت القرية، ولم يمكن إقامة الشعائر به: يستحق أرباب الشعائر والوظائف معلومهم المقدر لهم؛ إذ لا تعطل من جهتهم على قول أبي يوسف، يعني: من بقاء المسجدية وعدم عوده إلى ملك الواقف، انتهى. ونقله عنه أبو السعود أيضا في «حاشية مسكين» في الوقف، وزاد عليه ما نصه: وقوله: إذ لا تعطل من جهتهم: يفيد أن المدرس إذا حضر للتدريس، فلم يجد طلبة: استحق المعلوم أيضا، وهو مصرح به. قلت: ولا خصوص للمدرس، بل ينبغي أن يكون الإمام كذلك إذا لم يجد من يأتم به. وانظر: هل يشترط لاستحقاقه المعلوم المعين للإمامة صلاته ولو منفردا أو لا؟ والظاهر الأول، انتهى. وذكر أن بعض الفضلاء نقل لك =

الوسائل» منعَ الاستنابة مطلقًا، لعذرٍ وغيره، قال: «وهذا أيضًا ظاهرُ الدليل، وهو فقهٌ حسَن»[١]، انتهى.

وردَّه في «البحر» بأن «الخصَّاف جوز للقيِّم أن يُوكِّل، وله أن يجعل له[٢] من معلومه شيئًا، وهذا صريحٌ في جوازها له»[٣].

وقال في «الخلاصة» في باب القضاء: «يجوز استخلافُ الإمام بلا إذن، بخلاف القاضي»[٤].

وأما الاستنابة في الوظائف بإعطاء بعض المعلوم، كما هو المُتعارَف بالديار المصرية، فلم أرَه، لكن في «فتاوى التاجية»: «سُئل عن حانوت موقوفٍ على إمام المسجد، غاب ثلاثة أشهر وخلَّف خليفةً يؤمُّهم، ثم حضر، فأُجرةُ الحانوت في تلك المدَّة التي غاب فيها يجوز أخذُها أم لا؟ قال: يجوز إذا كان هو أو رجلٌ آخرُ آجَر الحانوتَ بأمره، ولكن سبيلُه التصدُّق احتياطًا»، انتهى.

فأفاد جوازَ الاستنابة، وبذلك أفتى الخير الرملي. ففي «الفتاوى الخيرية» في رجل سافَر لعُذرٍ، فاستناب عنه نائبًا في وظيفتَي إمامةٍ وخِطابة مقرَّرتَين عليه بتقرير

= في «حاشية الطحطاوي» في كتاب الوقف عند قول المصنف: ولو خرب ما حوله، وذكر أن المراد ببعض الفضلاء هو الحانوتي).

(١) «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف في كتاب وقفه الولاية لشخص (ص ٢٦٨).

(٢) أي: للوكيل.

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٩).

(٤) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، جنس في إمضاء قضاء آخر (٤/ ٢٨).

شرعي، وجعل للنائب عنه أُجرةً معيَّنةً لمباشرته عنه، فباشر مدَّةَ أشهُرٍ، وسعى النائبُ في أخذ الوظيفتَين عنه، فوُجِّهتا له بإنهائه الغير المطابق للواقع بأنهما شاغِرتان، فهل تخرُج الوظيفتان عن المنوب عنه أو لا؟ وإن كان النائب تناوَل شيئًا من الوقف: يؤخذ منه ولا يستحِقُّ إلا الأُجرةَ التي جُعِلتْ له مدَّةَ مُباشرته أو لا؟ أجاب: نعم؛ وصرَّح بأن الاستنابة صحيحةٌ[١].

[مطلب: في الوقف على الصُّوفيَّة]

الثاني: الوقف على الصُّوفيَّة. الذي يُفهَم من صريح كلامه، أي: السيوطي، جوازُ الوقف عليهم. وصرَّح الرملي في «فتاواه» أن الوقف على الصوفيِّ وصوفي خانة لا يجوز[٢]، كما هو الرواية المرجوع إليها من جانب الكل؛ قال في «الخلاصة» و«البزازية» وكثيرٍ من الكتب: «أخرج القاضي الإمام علي السغدي من وقف الخصَّاف أنه لا يجوز على الصُّوفية والعميان، فرجع الكلُّ إليه»[٣].

[مطلب: في التفضيل بين المُستحِقِّين بالأحوجيَّة]

الثالث: التفضيل بالأَحوجية. فقد تقدم في القاعدة الخامسة أن الواقف إذا لم يعيِّن قومًا محصورين، كالوقف على العلماء، أو علماءِ هذه المدرسة، أو على متعلِّميها، ولم يعيِّن مقدارَ ما يُعطَون: فللقيِّم أن يُفضِّل البعضَ ويَحرِمِ البعض،

---

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: رجل استناب رجلا بأجرة معينة (١/ ١٩٠).

(٢) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: لا يجوز الوقف على الصوفية والعميان (١/ ١٥٣).

(٣) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، الفصل الثاني في صحة الوقف، آخر جنس فيمن يصلح الوقف عليه (٤/ ٤١٧)؛ و«الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحته وفسادهن نوع فيما يصلح الوقف عليه (٦/ ٢٥٨). وفيه أيضا: «وعن شمس الأئمة الحلوائي: أنه يفتي بأنه يجوز الوقف على الصوفية».

وإن كان على قوم معيَّنين كقوله: من أمَّ فله كذا، وعلى المؤذِّن كذا، فليس للقيِّم الترجيحُ. هذا في الوقف.

وأما في بيت المال، فكان الصِّدِّيق رضي الله عنه يُساوي في العطاء بين الفاضل والمفضول. وأما عمر، فكان يعتبر الحاجةَ والفقهَ والفضل، قال في «القنية»: «والأخذُ بفعل عمرَ في زماننا أفضل». فعلى هذا، فرق بين الوقف وبيت المال.

(وقد اغترَّ بذلك)، أي: بكلام السيوطي في «الينبوع»، (كثيرٌ من الفقهاء)، أي: الشافعية أو مطلقًا، (في زماننا، فلم) يُحقِّقوا كلامَ الأسيوطي، فأباحوا تناوُلَ معاليم الوظائف في أوقاف الملوك والأمراء بغير مباشرةٍ لها، أو مع مخالفةِ الشروط، أي: شروط واقفيها، اعتمادًا على ما ذكره في «الينبوع»، حيث ظنُّوا أن كلَّ ما هو وقفٌ للأمراء والملوك فهو من بيت المال، فيراعَى فيه مصارفُ بيت المال.

(والحال أن ما نقله السيوطيُّ) عن فقهائهم الشافعية لا يُفهم منه هذا الإطلاق، بل صريحُه (إنما هو فيما) إذا كان وقفٌ لسُلطانٍ أو أمير، (بقي) ذلك الوقف (لبيت المال، ولم يثبُت له ناقلٌ) إلى ملكه من شراء منه. (وأما ما ثبَت) له ناقلٌ إلى ملكه، (كالأراضي التي باعَها السُّلطانُ) لذلك الأمير، أو باعها وكيلُ بيت المال من السلطان، (وحكَم بصحَّة بيعِها) للمصلحة الداعية إلى ذلك، كما سيأتي، أو اشتراها الأميرُ أو السلطان من غير بيت المال، (ثم وقَفها المشتري) لها، فلا شكَّ (أنه) وقفٌ صحيح، و(لا بد من مُراعاة شرائطه)، أي: الوقف، فلا يحِلُّ تناوُل معلومِ وظائفه من غير مباشرة أو مع مخالفة شرط. هذا صريح كلام السيوطي في الوجه الثاني: وأما أوقاف ملكها واقفوها... إلخ.

فحاصلُ كلام المصنِّف أن الذي أفتى من العلماء بعدم صحة أوقافِ الملوك

والسلاطين على الإطلاق معتمدًا على كلام السيوطي مُخطئٌ؛ لعدم مطابقة الدليل للمدَّعى.

هذا ما فهِمه المصنِّف.

وفي «تيسير الوقوف» للعلامة المناوي ما يخالف هذا؛ فإن علماء الشافعية «اختلفوا في صحة الاستنابة على أقوال:

أحدها: لا تجوز مطلقًا، وعليه ابنُ عبد السلام وابن الصلاح والنووي.

وثانيها: تجوز مطلقًا، وعليه ابنُ عساكر وابن السُّبكي والقاضي بهاء الدين.

ثالثها: التفرِقة بين الأوقاف التي مَأخذُها من بيت المال وغيرها، وعليه السيوطيُّ وكثيرٌ من أهل القرن التاسع.

رابعها: تجوز مع العذر دون غيره، حتى في الأوقاف الخاصة، وعليه السبكيُّ والبُلقيني والدَّميري[(١)]»[(٢)].

فمن فرَّق بينهما، كالسيوطي، يقول: إن مبنى الأوقاف التي ليست مأخوذةً من بيت المال على التشديد والتحريض، فلا يجوز تناوُلُ ذرَّةً إلا مع مباشرة ما شرَطه الواقف؛ لأنه مالٌ أجنبيٌّ، ما أخرجه عن ملكه إلا هذا الشرط. وأما الأوقاف التي مأخَذها بيتُ المال، كأوقاف السلطان صلاح الدين بن أيوب وأقاربِه، أو مرجِعُه لبيت المال، كأوقاف أمراء الدولة القلاوونية ومن بعدهم إلى آخر القرن التاسع؛ لأن واقِفيها أرقاءُ بيتِ المال، وعتقُهم متعذِّرٌ، حتى شراؤُهم أنفسَهم من وكيلِ بيت المال من غير عقدِ عَتاقة، وعبدُ بيتِ المال لا يجوز عتقُه وإن لم ينُصَّ الأصحابُ

(١) قال: «وهو أرجحها عملا بالعرف المطرد والمسامحة، لكن بالشرطين السابقين».

(٢) «تيسير الوقوف»، الباب الثالث عشر في الاستنابة في الوظائف (ص ١٧١).

عليه؛ لعدم عموم البلوى به في زمنهم، حتى إن ابن عبد السلام في عصر السِّتِّمائة قام على بيع الأمراء، وقال: هؤلاء عبيدُ بيت المال، ولا يجوز عتقُهم.

وروى الحافظ ابنُ عساكر بسنده عن عمرَ بنِ عبد العزيز أنه «دخل عليه أحدُ خلفاء بني أُمَية، فقال له: أعطِني حقِّي من بيت المال، فقال له: ما جوابُك إلا أنْ أبيعَك وأصرِفَ ثمنَك في مصالح المسلمين؛ لأن أباك ـ وهو خليفةٌ ـ أخَذ أُمَّك من بيت المال، واستولدَها إياك، ولم يكُن له ذلك، فهو زانٍ، وأنت عبدُ بيتِ المال».

وفي «طبقات الحنفية» في ترجمة بعض علمائهم أنه كان من مماليك الخليفة الناصر، فاشتغل في العلم وبرَع، وصار إمامًا قائمًا بالإفتاء والتدريس، فأرسل إليه الخليفةُ بعتقِه، فردَّ وقال: أنا عبدُ بيتِ المال، فلا يصحُّ عتقي، ثم قال: وأيُّ مصلحةٍ في عتق أرِقَّاء بيت المال، والمصلحة القائمة بعد عتقهم موجودةٌ قبله؟

فمن أفتى بعدم جواز الاستنابة مطلقًا، ومن أفتى بالجواز مطلقًا: لا مخالَفة بينهما في الحقيقة، بل كلٌّ أفتى بحسب زمانه، فإن زمان النوويَّ لم يكن وقفُ الأتراك التي كانت في آخر القرن السابع زمنَ السبكيِّ ومن تبِعه، فإنه قُطِعت الأرزاقُ التي كانت تجري على الفقهاء في بيت المال، وكانت حادثةً من عهد عمر إلى الخليفة المُستعصِم، فرأى العلماءُ أن هذه الأوقاف أُرصِدتْ لهم من بيت المال عما كانوا يأخذونه كلَّ عام، فرخَّصوا فيها لكونهم يأخذونها على القيام بالعلم خاصة، فمن كان بهذه الصفة ساغ له فيما بينه وبين ربِّه أن يأخذ منها وإن لم يقُمْ بما شرطه الواقف، وإلا فلا وإن باشَر»[1]، انتهى.

---

(١) انظر: «تيسير الوقوف»، الباب الثالث عشر في الاستنابة في الوظائف (١/ ١٦٨ ـ ١٧١).

وما قاله المناوي هو الذي تميل النفوسُ إليه على ما نشاهده من أوقاف الأمراء في زماننا، بل وسلاطينهم؛ إذ لا مأخذ له إلا بيتُ المال.

(فإن قلتَ: هل في مذهبنا لذلك)، أي: لما قاله السيوطي، (أصلٌ) يتفرَّع عليه ما قاله، فيكون موافِقًا لمذهبنا؟ (قلتُ: نعم؛ كما بيَّنتُه في «الرسالة المرضِيَّة في الأراضي) السُّلطانية».

وحاصلُ ما قاله فيها أنه «لا يخلُو: إما أن يكون مالكًا لها في الأصل، بأن كان مالكًا لها حينَ منَّ الإمامُ على أهلها، أو تلقَّى الملكَ من مالكها بوجه من الوجوه، أو لا.

فإن كان الأوَّل: فلا خفاءَ في صحة وقفِه؛ لوجود ملكه، كما صرَّح به الخصَّاف وغيرُه.

وإن كان الثاني، فإن كان أقطعَه السلطانُ إياها: [لا يصح وقفُها؛ لأن المقتطَع يملِك منفعةَ الأرض، لا العين، كالمستأجِر، كما صرَّح به العلامة قاسم، يعني: إذا لم تكن مَوَاتًا أو ملكًا للسلطان، فإن كانت صحَّ وقفُها. وإن كان][1] اشتراها من بيت المال بعد ما صارت لبيت المال لموت مالكِها وعدمِ وارث: فإن وقفَها صحيح يُراعَى فيه شروطُ الواقف، سلطانًا كان الواقف أو أميرًا أو غيرَهما»[2].

وإن كان الواقفُ لها السلطان، فإن اشتراها من وكيل بيت المال: صحَّ وقفُه، وإن وقَفها من بيت المال من غير شراءٍ، فإنْ لمصلحةٍ عامَّةٍ: يصحُّ، كما قال في «الوهبانية»[3].

---

(١) ما بين المعقوفتين غير موجود في (خ).

(٢) انظر: «التحفة المرضية في الأراضي المصرية» (ص ١٣٠ ـ ١٣١).

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوصايا (٢/ ٢٢٥).

وأما لو وقف على زيد، ثم على ذُرِّيته، ثم على الفقراء: فأفتى ابنُ الشحنة بعدم الجواز؛ نظرًا إلى الخصوص أوَّلا، واستند في ذلك إلى ما في «الخانية»، وخالفه أهلُ عصره؛ نظرًا إلى العموم آخِرًا.

وأما الأرصادُ من السلطان، فذكر العلامة قاسم أنه يجوز.

وهل للفقراء حقٌّ في الخَراج وإن لم يكن ذا نفعٍ عامٍّ؟ قال: نعم؛ لكن بعد المصارف العامَّة يأخذون ما فضَل.

بقي: هل هذه الأراضي التي في يد أربابها، هل هي مشتراةٌ من السلطان أو من الأراضي الخراجية التي دفعها السلطانُ لمن يقوم عليها؟ قال المؤلِّف في «الرسائل»: «يُعرف ذلك إما بقول الموثِّقين في المُبايَعة أنها من بيت المال، وأن الثمن سُلِّم لوكيل بيت المال، فحينئذ ثبت فيه الملكُ لأربابها؛ لأن أخذ الثمن لا يكون بطريق الدفع لهم للقيام عليها؛ وإما بالنظر إلى الثمن، فإن كان كثيرًا: يدلُّ على البيع، وإن كان قليلا: يدل على أنها دُفِعت إليهم للقيام عليها.

[مطلب: في أنواع الأراضي وحكم وقفها]

والحاصل: أن الأراضيَ إما أن تكون:

عُشْرِيَّة، وهي: كلُّ أرضٍ فُتِحت عُنْوةً وقُسِمت بين الغانمين أو بين المسلمين، أو أسلَم أهلُها طَوْعًا وأُقِرُّوا عليها.

أو **خَراجية**، وهي: كل أرضٍ فُتِحت عُنْوةً أو صُلْحًا وأُقِرَّ أهلُها عليه.

أو **شِرائية**، وهي: كل أرضٍ اشتراها أحدٌ من الإمام عند مَسِيس الحاجة لبيعِها أو مطلقًا، ويملكها المشتري كسائر أملاكه، وهذه لا مُؤنةَ فيها من العُشر أو غيره، بخلاف العُشرية والخَراجية.

أو **أميرية**، وهي: كل أرضٍ فتَحها الإمامُ عُنْوةً، ولم يُقِرَّ أهلَها عليها، ولم يقسمها، بل أمسَكها لبيت المال، وكذا كل أرض مات مالكُها، ولم يخلِّف وارثًا، وانتقلت إلى بيت المال، وكذا كل أرض لا يُعرَف لها مالكٌ أو عجَز ربُّها عن أداء الخراج، فيَدفعها لرجل يقوم عليها.

وكلٌّ من العُشرية والخَراجية والشِّرائية مملوكةٌ لأربابها، يصحُّ وقفُها، والأميرية لا تُملَك إلا بالبيع من السلطان أو وكيله، فإذا اشتروها منه: يصحُّ وقفُها.

وأما الإقطاعات، فقال أبو يوسف: يجوز للإمام أن يقطع كلَّ موَاتٍ، وكلَّ ما ليس لأحد فيه ملكٌ وليس في يد أحدٍ، ويعمل بالذي يرى أنه خيرٌ للمسلمين، فإن كان في أرض الخَراج: فهي خَراجية، وإن كان في أرض العُشر: فعُشرية. فإذا أقطعها السلطانُ لرجل: لا يجوز لغيره أن يُخرِجها من يده. فإن أقطعه السلطان أرضَ موَات، أو ملَكها السلطانُ فأقطَعها لرجل، أو ملَّكه إياها: فهذه الثلاثة يصحُّ وقفها. وأما إذا أقطعه السلطان من بيت المال، وذلك بأن كانت أرضًا لإنسان وهي خَراجيَّة، ويأخُذ السلطانُ منها النصفَ، فأقطعه السلطانُ من النصف أربعةَ أخماس: فهذا لا يجوز وقفُه.

فتحرَّر من هذا أن ما أقطَعه السلطانُ من أملاكه، أو من موَاتٍ بشروطها: تصير ملكًا للمُقطَع له، ويتصرَّف فيها كسائر الأملاك، وتورَث عنه، وليس لأحد إخراجُها عنه إلى غيره، ويجب على المقطَع له وظيفتُها من عُشرٍ أو خَراج أو ما يراه الإمام، ولا يشترط أن يكون من مصارف الخراج، وإنما الرأي في ذلك إلى السلطان.

[مطلب: في بيان حكم وقف الأراضي المأخوذة من بيت المال]

وأما ما أقطعه من أراضي بيت المال فإنه لا يملك العين، فلا يصحُّ وقفُها، وإنما يملك الانتفاعَ بها، فله إيجارُها، وللإمام أن يُخرِجها إلى غيره. وإن جعل له خَراجها، إما الكل أو البعض، فيُشترط أن يكون من مصارف الخراج، كذا في «الرسائل»(١).

والحاصل: أن الأراضي المأخوذة من بيت المال بطريق الشراء يصحُّ وقفُها، وهذا مبنيٌّ على أنه هل يصح بيعُ السلطان لعقار بيت المال ليصح شراؤُه وشراءُ الغير؟ ففيه خلافٌ: فالمُتقدِّمون يجوِّزون ذلك مطلقًا، واختاره الإسبيجابي وصاحبُ «المَجمَع»، والمتأخِّرون يجوِّزون ذلك إذا كان بالمسلمين حاجةٌ ومصلحة، **وهو المُفتَى به**، وقد أشار إلى ذلك بقوله:

(**وقد سُئل ابنُ الهمام عن ذلك**)، أي: عن الأراضي المُشتراة من بيت المال، هل يصحُّ وقفُها؟ (**فأجاب**): نعم؛ يصحُّ وقفُها، (**بأن للإمام البيعَ لأراضي بيت المال إذا كان بالمسلمين حاجةٌ، والعياذ بالله**). وهذا على رأي المتأخِّرين المفتَى به.

(**وبيَّنتُ في «الرسالة المرضية» أنه**)، أي: الشأن والحال، (**إذا كان فيه**)، أي: البيع، (**مصلحةٌ، صحَّ**) البيع؛ لأن الإمام نُصِب ناظرًا للمسلمين، (**وإن**)، وصلية، (**لم يكن حاجةٌ، كبيع عقارِ اليتيم**). قال فيها: «وصرَّح في «فتح القدير» بأنه كوصيِّ اليتيم. واختلفوا في وصي اليتيم، هل يبيع عقارَه؟ ذهب المتقدِّمون إلى الجواز مطلقًا، واختاره القاضي الإسبيجابي وصاحب «المَجمَع» وكثيرٌ. وذهب المُتأخِّرون إلى أن له

---

(١) انظر: «التحفة المرضية في الأراضي المصرية»، المطبوعة ضمن «رسائل ابن نجيم» (ص ١٣٠) فما بعدها.

البيعَ بشرط أن يكون على الميِّت دَينٌ، أو أوصى بدارِهِمَ مرسَلة وليس له غيرُ العقار، أو يكونَ فيه مصلحةٌ ظاهرة، كبيعه ضِعفَ قيمتِه، أو تكون مَؤُنتُه تزيد على غلَّاته، أو لحاجةٍ، كعدمِ ما يُنفِقه على اليتيم، (على قول المتأخِّرين من المفتى به»[1]).

فأفاد أن ما أفتى به صاحب «الفتح» مبنيٌّ على هذا القول، ولكن في عبارته قصورٌ، حيث تُفهِم أن الصحة مقصورةٌ على الحاجة، فزاد المصنِّف ما ذكره في «الرسائل» ليفيد أن له ذلك وإن لم يكن حاجةٌ، بل مصلحة.

[مطلب: في بيان حكم بيع السلطان عقارَ بيتِ المال، ثم وقفُه]

وأفاد أنه لا فرقَ بين أن يكون المشتري من بيت المال السلطانُ أو الأمراءُ أو غيرُهم، ولكن هذا يُتصوَّر في شراء غير السلطان. وأما السلطان، فكيف يشتري من بيت المال وهو الناظرُ عليه؟ وهذا مَورِد الإشكال بقوله:

(فإن قلتَ: هذا)، أي: بيع السلطان عقارَ بيت المال ثم وقفُه، إنما يتأتَّى (في أوقاف الأُمراء)، وكذا غيرُهم؛ لاشترائها من السلطان، (أما أوقافُ السلاطين لها، فلا) يتأتَّى؛ لعدم تصوُّرِ بيع السلطانِ من نفسه ليُتصوَّر شراؤُها ثم وقفُها.

(قلتُ: لا فرقَ بينهما)، أي: بين السلاطين والأُمراء في تصوُّر الشراء؛ إذ يُتصوَّر من السلطان الشراءُ لها كالأمراء، (فإن للسلطان)، أي: يجوز له، (الشراءَ من وكيل بيت المال).

وفي «التجنيس»: «إذا أراد السلطان أن يشتريها لنفسه أو غيرِه يبيعُها من غيره، ثم يشتريها لنفسه من المشتري؛ لأن هذا أبعدُ عن التهمة»، انتهى. فأشار إلى أن هذا ليس بلازم، فلو اشتراها من وكيلِ بيت المال ابتداءً: صحَّ، كما ذكره المصنف.

---

(١) «التحفة المرضية في الأراضي المصرية» (ص ١٢٣ ـ ١٢٤).

(وهي)، أي: جواب هذه المسألة، يعني قوله: فإن للسلطان... إلخ، (جوابُ الواقعة التي) سُئِل و(أجاب) عنها (المحقِّق في «فتح القدير»، فإنه سُئل عن الأشرف برسبائي)، وهو الثاني من ملوك الجراكِسة، صاحبُ المدرسة الأشرفية بمصر القاهرة، وأبدَل من قوله: عن الأشرف، قولَه: (إذا اشترى من وكيلِ بيتِ المال أرضًا ثم وقَفها)، هل يصحُّ شراؤُه ووقفُه؟ (فأجاب بما ذكرناه) من أن للسلطان... إلخ[١].

(وأما إذا وقف السلطانُ من بيت المال) ابتداءً من غير شراءٍ (أرضًا للمصلحة العامَّة، فذكر قاضي خان في «فتاواه» جوازَه[٢]). قال: «ويُؤجَر على ذلك؛ لأن بيت المال مُعَدٌّ لمصالح المسلمين»[٣]. ونظَمه في «الوهبانية» فقال:

«ولو وقف السلطانُ من بيتِ مالِنا لمصلحةٍ عمَّتْ يجوز ويُؤجَر»[٤]

قال شارحُها عبد البَر: «وقد وقعت حادثةُ هذه المسألة في القاهرة في أرضٍ برَوضة مصر، تُعرَف بميدان السلطان أوعر بن أقبرس[٥]، أنه وقفها السلطانُ جقمق عليه وعلى أولاده وذُريتِه ونسلِه وعقبِه، ثم على عُتقائِه وأولادِهم وذريتِهم ونسلِهم وعقبهم، ثم على الفقراء والمساكين، وحكم بذلك قاضي القضاة سعدُ الدين

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب السير، باب العشر والخراج (٦/ ٣٧).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٢٩٣). قال فيها: «لو أن سلطانا أذن لقوم أن يجعلوا أرضا من أراضي بلدة حوانيت موقوفة على المسجد، أو أمرهم أن يزيدوا في مسجدهم: قالوا: إن كانت البلدة فتحت عنوة: ينفذ؛ لأنها تصير ملكا للغانمين، فيجوز أمر السلطان فيها، وإذا فتحت صلحا: تبقى على ملك ملاكها، فلا ينفذ أمره فيها».

(٣) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٩).

(٤) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٩).

(٥) كذا في (ع)، وفي (خ): (ادعي ابن أقبرس).

الديري، وأن المتكلِّم على وقفِ المدرسة السكرية واضعُ اليدِ عليها بغير وجهٍ، فعقَد السلطان لذلك مجلِسا حضر فيه الشيخ عبدُ البر وجماعةٌ من العلماء الحنفية، فسألوهم عن وقف السلطان من بيت المال، فأجابوا بأنه صحيح، وأجاب الشيخ عبدُ البر بأنه مقيَّدٌ بالمصلحة العامَّة، وليس من المصلحة العامة أن يقف على ابن أقبرس وإن كان آخِرُه عامًّا، وخالفه في ذلك البعضُ»، كما بيَّنه في «الشرح»[1].

(ولا يُراعَي ما شرَطه السلطانُ) الواقفُ من بيت المال للمصحلة العامَّة (دائمًا)، بل يُراعي بعضًا، وهو ما إذا كان غيرَ مخالفٍ للشرع، كالأوقاف الصحيحة. فالنفي للقيد، كذا قاله الحموي[2]، فليُتأمَّل. وفي نسخةٍ: وهل يراعي، بالاستفهام.

[فائدة: يُبدَأ من ارتفاع الوقف بعِمارته، ثم بما هو أعمُّ مصلحةً]

(وأما استواءُ المُستحِقِّين عند الضِّيق) الذي ذكره السيوطي من أنه إذا لم يشترط الواقفُ تقديمَ أحدٍ لم يقدَّم فيه أحدٌ، بل يقسَم على كل منهم جميع أهلِ الوقف بالسَّوِية، أهلِ الشعائر وغيرهم، (فمخالفٌ لمذهبنا)؛ إذ عندنا لا يستَوُون عند الضيق؛ (لما في «الحاوي القدسي»: الذي يُبدَأ به)، أي: الذي يجب على القيِّم أن يبدأ به، (من ارتفاع الوقف)، أي: غلَّاته التي تحصُل منه، وحيث يُسَمُّون ما يحصُل من الزرع ارتفاعًا يَعنُون بذلك الحاصلَ بالرفاع[3]، وهو رفعُ الزرع إلى البَيدر بعد الحصاد، (بعِمارته)، بالكَسْر، مصدرٌ أو اسمُ مصدر، ما يُعمَر به المكان،

---

(١) لم يذكره في شرح هذا البيت في «شرح المنظومة الوهبانية».

(٢) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٤٤). «قال بعض الفضلاء: إن قوله: دائما، ظرف للمنفي، لا للنفي، فيكون المراد رفعَ الإيجاب الكلي، لا السلب الكلي، وجعلُه ظرفا للنفي يستدعي السلب الكلي، (انتهى). أقول: حيث كان وقفا فما المانع من مراعاة ما شرطه دائما كغيره من الأوقاف».

(٣) في (خ): (يعنون بذلك الرفاع).

بأن يصرف عليه حتى يبقى على الصفة التي وقَفها الواقفُ دون زيادة في **الأصحِّ**.

«فلو كان في الوقف شجرٌ يُخاف هلاكُه: كان له أن يشتري من غلَّتِه قصيلا يغرِزه؛ لأن الشجر يفسُد بطول الزمان، أو كان فيه أرضٌ سَبِخةٌ لا تُنبِت: كان له أن يبدأ بإصلاحها منه»، كما في «الخانية»(١).

وهذا «إذا كان في تأخير التعمير خرابُ عينِ الوقف، وإلا فيجوز الصرفُ للمُستحقِّين وتأخيرُ العِمارة للغلَّة الثانية إذا لم يُخَفْ ضرَرٌ بيِّنٌ، فإن خِيفَ: قُدِّم»، كما في «البحر»(٢).

وفي «الفتح»: «ولا تؤخَّر العِمارةُ إذا احتيج إليها إلا إذا لم يُخَفْ ضرَرٌ بيِّنٌ، فإن خِيف: قُدِّمتْ»(٣).

قال في «الدر المنتقى»: «وهذا إذا لم يشترِطْه الواقف، فلو اشترطه: لزِم ادِّخارُه في كل سنةٍ وإن لم يحتَجْه؛ لجوازِ أن يحدُث حدَثٌ ولا غلةَ، فليُحفَظ»(٤).

وأيضًا يقيَّد بما إذا لم يقُلْ الواقف: تكون غلَّةُ هذه الأرض لفلان سَنةً، ثم لفلان أبدًا، ثم للمساكين، فاحتيج للعمارة في السنة الأُولى ولم يُخَفْ ضرَرٌ بيِّن: تؤخَّر إلى الثانية؛ لئلا يفُوت حقُّ فلان الأوَّلِ بالكُلِّية، بخلاف ما إذا خِيف ضررٌ، فإنه لا يُعطى، «بيري»(٥).

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٣٠٠).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، لا يقسم الموقوف بين مستحقيه (٥/ ٢٢٥).

(٣) «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٢٣).

(٤) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٨٤).

(٥) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٨١).

فتحرَّر أن العمارة مقدَّمة إن لم يُخَف[1] ضررٌ بيِّن[2]، بأن خِيف خرابُ عينِ الوقف إن لم يشترط الواقفُ الادِّخارَ كلَّ سنة، فيقدَّم مطلقًا، وإلا يشترطه الغلَّة الأُولى لمعيِّن.

ولا فرقَ في هذا بين أن يشترط البداءةَ بالعمارة أو لا، كما قال: (شرَطَ الواقفُ البداءة بالعمارة (أم لا)؛ لثبوت شرطها اقتضاءً؛ لأن قصد الواقف صرفُ الغلة مؤبَّدًا، ولا تبقى قائمةً إلا بالعِمارة.

وهذا إن وقف على الفقراء، «وإن وقف على مُعيَّنٍ: فعليه التعميرُ من ماله، لا من الغلَّة؛ **لأن الغُرْمَ بالغُنْم**، كما في «الدُّرَر»[3] وغيرها»[4]. «فإن امتنع المعيَّنُ، أو كان فقيرًا: آجَره الحاكم أو القيِّمُ استحسانًا؛ صيانةً للوقف، وعمَّره بأُجرته ثم ردَّه إليه»، كما في «الملتقى»[5].

«وفيه إشعارٌ بأن الواقف لا يُؤجِّره، وبه صرَّح القهستاني. وفي «التنوير» و«شرحه»: والموقوفُ عليه الغلَّةُ أو السُّكنى لا يملك الإجارةَ ولا الدعوى لو غُصِب منه الوقفُ، إلا بتوليةٍ أو إذنِ قاضٍ ولو الوقفُ على معيَّن، على ما عليه **الفتوى**. وفي «المحبية»:

---

(١) كذا في النسخ. ولعل الصواب: (إن خيف).

(٢) في هامش (خ): (الظاهر أن الذي تحرر أن العمارة إن شرطها الواقف تقدم مطلقا، سواء خيف ضرر أو لم يخف. وإن لم يشترطها، أو اشترط الريع سنة لشخص معين وخيف ضرر بين: قدمت. وإن لم يخف ضرر بين جاز تقديم المستحقين إن لم يشترط الواقف الادخار، وإلا قدم. ولعل عبارة الشرح محرفة، فتدبر. لكاتبه: محمود العلاف السكندري).

(٣) انظر: «درر الحكام»ن كتاب الوقف (٢/ ١٣٧).

(٤) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٨٥ ـ ٥٨٦).

(٥) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الوقف (٢/ ٥٨٣ ـ ٥٨٥).

ومُستحِقُّوا الوقفِ ما استحقوا ولا لهم في الرَّيع أصلًا حقُّ
في زمن التعمير بل ان كانا يحتاج للتعمير ذاك الآنا
عُمِّر أولا فإذا ما صرفا ناظرُ ذا الوقفِ وكان عرفا
بأنه يحتاج للتعمير يَضمَن ما أعطاه للتقصير
ثم إذا ما فاضَ بعد الصَّرْف عَقِيبَ ذاك العامِ رَيعُ الوقف
لا يأخُذوا الفاضلَ منه عِوَضا عن الذي قطعْ في عامٍ مضَى

واعلَمْ أنه لا عمارة على من له الاستغلالُ؛ لأنه لا سُكنى له، فإذا سكَن هل تلزمه الأُجرة؟ الظاهر: لا؛ لعدم الفائدة، إلا إذا احتيج للعمارة، فيأخذها المتولِّي ليَعمُرَها، ولو هو المتولِّي ينبغي أن يُجبِره القاضي على عمارتها مما عليه من الأجرة، فإن لم يفعل: نصَب متولِّيًا ليعمرها»، «در منتقى»(١).

(ثم) يُبدَأ (بما هو أقربُ إلى العِمارة وأعمُّ للمصلحة)، الظاهر أنه عطفُ تفسير، (كالإمام للمسجد والمدرِّس للمدرسة، فإنه يصرَف إليهم قدرُ كفايتهم)، يعني: إذا لم يكن الواقفُ عيَّن لهم قدرًا معلومًا، بأن كان الوقفُ على المُستحِقِّين، وأما إذا قدَّر لهم معيَّنا: فلا؛ يدلُّك عليه آخِرُ عبارة «الحاوي»: «هذا إن لم يكن معيَّنا، وإن كان معيَّنا: يصرَف إليه بعد عِمارة البناء».

قال في «الزواهر»: «وفيه: أنه لا حاجةَ إلى هذا القيد؛ لأن الصرفَ إلى ما هو قريبٌ من العِمارة كالعمارة، وهي مقدَّمةٌ مطلقا»، انتهى.

وفيه: أن عبارة «الحاوي» لا تُشعر بذلك؛ للعطف عليه بـ«ثم».

---

(١) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٨٦).

(ثم) يقدَّم (السِّراج)، أي: الوقَّاد، والزيتُ والقِنديل من ضرورياته، (والبِساط) والحصير، والفرَّاش من ضرورياتهما، (كذلك)، أي: يصرف إليهما بقدرِ كفايتهما، (انتهى) كلام «الحاوي»[1]. وتتِمَّتُه: «هذا إذا لم يكن معيَّنًا، وإن كان معيَّنًا على شيء يُصرَف إليه بعد عمارة البناء»، انتهى.

ففي نقله عنه خلَلٌ كما ترى، ولا سِيَّما وقد شاع تقديمُ أرباب الشعائر، واستنادُهم في ذلك إلى عبارة «الحاوي» وإلى ما هنا.

(وظاهرُه)، أي: كلام «الحاوي»، (أن المقدَّم في الصرف) بعد العِمارة (الإمامُ والمدرِّس) وما هو بمعناهما، (والوقَّاد والفرَّاش وما كان بمعناهما؛ لتعبيره بالكافِ) المفيدةِ للتشبيه وعدمِ الحصر. والظاهر من عبارة «الحاوي» أن الإمام والمدرِّسَ وما بمعناهما مُؤَخَّرون عن العمارة، والسِّراج والبساط وما بمعناهما مؤَخَّرون عن الإمام والمدرِّس وما بمعناهما، فلو قال المصنِّف هكذا لكان أظهرَ وأخصَر، ويستغَنى به عما سيجيء.

(فما كان بمعناهم) المستفادُ من عبارته: (الناظرُ)، يعني: إذا كان في زمن العمارة والعمل. أما في غيره، فلا يُحتاج إليه، فلا يكون بمعناهم، كما تقدم عن «الخانية» في مسألة الطاحونة.

وقد تقدَّم أيضا أن هذا في ناظرٍ لم يشترِط له الواقفُ شيئًا. أما إذا اشترط، كان من جملة الموقوف عليهم، فيَستحِقُّه بالشرط، لا بالعمل، ومع ذلك ينبغي أن يكون مؤَخَّرًا عنهم في غير زمنِ العمارة والعمل. وأما في زمنهما، فكالإمام والمدرِّس.

«وسُئل المصنِّف عن المدرِّس إذا لم يدرِّسْ لعدم الطلَبة، هل يستحق المعلوم؟

---

(١) انظر: «الحاوي القدسي»، كتاب الوقف، فصل: لا يباع الوقف ولا يوهب (١/ ٥٥٠).

أجاب: إن فرَّغ نفسَه للتدريس، بأن حضر المدرسةَ المعيَّنة لتدريسه: استحقَّ المعلوم؛ لإمكان التدريس لغير الطلَبة المشروطين. قال في «شرح المنظومة»: «المقصود من المدرِّس يقوم بغير الطلَبة، بخلاف الطالب، فإنه لا يقوم بغيره»، انتهى»[1].

(وينبغي إلحاقُ الشادِّ زمنَ العمارة والكاتبِ بهم، لا في كل زمن)؛ لعدم الاحتياج إليهم في غير زمنهم.

(وينبغي إلحاق الجابي المُباشِر للجِباية بهم، والسوَّاق يُلحَق بهم أيضًا، والخطيب مُلحَقٌ بالإمام)، بل هو أَولى بالتقديم؛ (لأنه إمامُ الجمعة)، فتتعطَّل إذا لم يحضُر، بخلاف الإمام في غيرها.

وفي «الدر المختار»: أنه «لا تقطَع الجهاتُ للعمارة إن لم يُخَفْ ضررٌ بيِّنٌ. فإن خِيف، كإمام وخطيب وفراش: قُدِّموا، فيُعطَى المشروطُ لهم. وأما الناظر والكاتب والجابي، فإن عملوا زمنَ العمارة: فلهم أجرةُ عملهم، لا المشروطُ، كما في «البحر». قال في «النهر»: وهو **الحقُّ**»[2]، انتهى.

[فائدة: الفرق بين مُدرِّس المدرسة ومُدرِّس الجامع]

(ولكن قيَّد) في «الحاوي» (المُدرِّسَ بمُدرِّس المدرسة. وظاهرُ) هذا القيد (إخراجُ مدرِّس الجامع)، فإنه لا يكون من أرباب الشعائر؛ (إذ لا يخفَى ما بينهما)، أي: المدرِّسَين، (من الفَرْق؛ فإن مُدرِّسَ المدرسة إذا غاب تعطَّلت المدرسةُ، فهو أقربُ إلى العِمارة) للاحتياج إليه، (كمدرِّسي الروم. وأما مدرِّس الجامع، كأكثر المدرِّسِين بمصر، فلا) تتعطَّل بغَيبته، فلا تكون من الشعائر.

---

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٤٦).

(٢) انظر: «الدر المختار»، كتاب الوقف (ص ٣٧٢).

وتعقَّبه الشُّرنبُلالي في «شرح الوهبانية» بأن تعليلَهم كلَّ الطلبة يعُمُّ مدرِّسَ المدرسة والجامع، فليُتأمَّل.

(و) أيضًا (لا يكون المُدرِّس من أرباب الشعائر إلا إذا لازَم التدريسَ على حكم الشرط) الذي شرَطه الواقف.

(أما مُدرِّسُو زمانِنا، فلا) يُلازمون التدريس على حكم الشرط، فلا تكون أرباب الشعائر، فلا يقدَّمون على غيرهم، ولا يستحِقُّون المعلومَ إذا لم يُباشِروا على الشرط.

(وظاهر ما في «الحاوي» تقدُّم الإمامِ والمدرِّس على بقية أرباب الشعائر؛ لتعبيره بـ«ثم») المفيدِ للترتيب. والحقُّ أن لا ترتيبَ، كما تقدم عن «النهر».

(فإذا علمتَ ذلك)، أي: فتحرَّر من هذا أن أرباب الشعائر: المدرِّسُ، والإمامُ، والخطيب، والوقَّاد، والفرَّاش، والمؤذِّن، وثمنُ الزيتِ، وثمن القناديل، والحصير، ويُزاد ثمنُ الوضوء، وأُجرةُ حملِه، وكُلْفةُ نقلِه من البئر إلى المِيضأة.

فبهذا (ظهر لك أن الشاهد) على الوقف الذي يشهد بما يتعلَّق بالوقف، (والمُباشرَ والشاد[1] للعمائر)، قال في «تيسير الوقوف»: «من حقِّه اللُّطفُ والرِّفقُ بالبنَّائين، وأن لا يُشغِل أحدًا فوق طاقته، ولا يُجيعَه، بل يمكِّنَه من الأكل أو يُطعِمَه»[2]، انتهى. وعليه أن يطلق له سلاحَه أوقات الصلوات مع الاحتياط في ذلك للوقف، انتهى. وهو المسمَّى في زماننا بالمعتمد. والناظر والكاتب في غير زمن العمارة، (والمزمَّلاتي)، وهو الشاوي بلغة الشام، (والشِّحنةَ)، بكسر الشين، الضابط للبلاد،

---

(١) قال في «رد المحتار» (٤/ ٣٧١): «هو الملازم للمسجد مثلا لتفقد حاله من تنظيف ونحوه».

(٢) أواخر «تيسير الوقوف»، الفصل الرابع في النقود، الحادي والعشرون شاد العمائر (ص ٦٠٩).

كما في «القاموس»[1]، (وكاتبَ الغيبة)، وهو النقطجي بلغة الشام، (وخازِنَ الكُتب)، قال في «تيسير الوقوف»: «حقٌّ عليه حفظُها، وإصلاحُ شَعْثها، وإعلامُ الناظر أو نائبِه ليصرف فيه من نفل الوقف ما يَفي بذلك. وهل إذا تمزَّقت ولم يبقَ لها أثرٌ لا يستحِقُّ المعلوم؟ نعم؛ كما هو رأيُ المحقِّق أبي زرعة»[2].

(وبقيةُ أربابِ الوظائف ليسوا منهم)، أي: من أرباب الشعائر، فلا يستحقون التقديم، «وتقديمهم في دفتر المحاسَبة مع من ذُكِر ليس شرعيا»، «در»[3].

(وينبغي إلحاقُ المؤذِّنين بالإمام، وكذا) ينبغي إلحاق (الميقاتي) به؛ (لكثرة الاحتياج إليه)، أي: ما ذكرنا من المؤذن والميقاتي، (للمسجد).

وفي «الشرنبلالي» على «الوهبانية»: «إن كونَ البوَّاب والمزملاتي وخادمَ المطهرة من أرباب الشعائر لا ينبغي أن يُتردَّد فيه».

(وظاهر ما في «الحاوي» تقديم ما ذكرناه) من الشعائر على سائر المستحقِّين (ولو)، وصلية، (شرَط الواقف الاستواءَ) مع بقية أرباب الوظائف (عند الضِّيق)، أي: ضيق الوقف عن المصرف؛ (لأنه جلعهم كالعمارة. ولو شرَط الواقف استواءَ العمارة بالمستحقِّين لم يُعتبَر شرطُه، فكذا هم)، أي: أرباب الشعائر، لا يعتبر شرطه في استوائهم مع المستحقين.

(الجامِكية)، وهي كالعطاء ما يثبت في الديوان باسم المقاتَلة أو غيرهم، إلا أنه سنويٌّ، والجامكية شهرية، والمراد هنا أعمُّ من العطاء واليومية، (في الأوقاف)

---

(١) قال في «القاموس المحيط»، باب النون، فصل الشين (ص ١٢٠٨): «الشحنة في البلد: من فيه الكفاية لضبطها من جهة السلطان».

(٢) انظر: أواخر «تيسير الوقوف»، الفصل الرابع في نقود مصر، التاسع خازن الكتب (ص ٦٠٢).

(٣) «الدر المختار»، كتاب الوقف (ص ٣٧٢).

كلها (لها شبَهُ الأُجرة وشبه الصِّلة وشبه الصدَقة، فيعطَى كلُّ شبهٍ) من هذه الثلاث (ما يُناسبه).

(فاعتبرنا شبهَ الأُجرة في اعتبار زمنِ المُباشَرة و)استحقاقِ (ما يقابله من المعلوم)، واعتبرنا شبه الأُجرة أيضًا (في الحِلِّ)، أي: حِلِّ المعلوم، (للأغنياء).

(و)اعتبرنا (شبه الصِّلة باعتبار أنه إذا قبض المستحِقُّ المعلومَ، ثم مات أو عُزِل: فإنه لا يُستَرَدُّ منه حصةُ ما بقي من السنة)؛ لأن الصلة تُملَك بالقبض. وأطلق المستحِقَّ، فشمل الإمامَ وطلبة المدرسة وغيرها، وهو كذلك إن كانوا فقراء، كما في «خزانة الأكمل»[1]، بخلاف القاضي، فإنه يُستَرَدُّ منه ما استعجل أخذَه على **الصحيح**، كما في «شرح الجامع الصغير» للزعفراني. ومقتضى ما قيَّده في «الخزانة» من كونهم فقراءَ أنهم إذا كانوا أغنياء يُستَرَد منهم.

(و)اعتبرنا (شبه الصدقة لتصحيح أصل الوقف، فإنه لا يصحُّ ابتداءً على الأغنياء).

ويُخالفه ما في «المحيط» من أنه يصحُّ ابتداءً على الأغنياء، قال: «ولو وقف على الأغنياء وهم يُحصَون، ثم مِن بعدهم على الفقراء: يجوز، ويكون الحقُّ للأغنياء ثم للفقراء، إلا أن يكون قربةً في الجملة»، انتهى، «بيري»[2]. إلا أن يقال: معنى قوله: لا يصح ابتداء، إذا لم يجعل آخِرَه للفقراء، فتأمل.

---

(١) عبارة «خزانة الأكمل» كما نقلها «البيري» (١/ ٥٨٣): «قرية فيها أرض وقف على إمام المسجد، فصرف غلتها وقت الإدراك، فأخذ الإمام الغلة وقت الإدراك، وذهب عن تلك القرية: لا يسترد من حصته ما بقي من السنة إن كان فقيرا، وكذلك الحكم في طلبة العلم في المدرسة». ولم أجدها في «خزانة الأكمل».

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٨٣).

وفيه: أنه إن وقف على الأغنياء لا يصحُّ إن لم يُحصَوا، وإن كانوا يُحصَون: يصح وإن لم يجعل آخِرَه للفقراء على قول أبي يوسف، خلافًا لمحمد.

وأيضًا ما قاله المصنف مُعارَضٌ بما في «التعليقة في المسائل الدقيقة» لابن الصايغ من أن «ما يأخذه الفقهاء من المدارس ليس أُجرةً؛ لعدم شرط الإجارة، ولا صدقةً؛ لأن الغنيَّ يأخُذها، بل إعانةٌ لهم على حَبْسِ أنفسهم للاشتغال بالعلم، حتى لو لم يحضر المدرِّس بسبب اشتغال أو تعليقٍ جاز أخذُه الجامكية»، انتهى.

ولم يعزُه، لكن قال الشيخ عبد البر بعد نقله ما تقدم: «لكن في «قاضي خان» ما يشهد له، حيث علَّل بأن الكتابة من جملة التعليم»(١)، انتهى.

وأجاب في «البحر» «بحمله على الأوقاف على الفقهاء من غير حضور درس أيامًا معيَّنة، ولهذا قال في «القنية»: الأوقاف ببُخارى على العلماء، للقيِّم أن يفضِّل البعضَ ويحرِمِ البعض إن لم يكن الوقفُ على قوم يُحصَون، وكذا لو وقف على الذين يختلفون إلى هذه المدرسة، أو على علمائها: يجوز للقيِّم أن يحرِمِ البعض ويفضِّل البعض إن لم يبيِّنْ الواقفُ ما يعطى كلُّ واحد. ثم رقم، الأوقاف المطلقة، قيل: الترجيحُ بالحاجة، وقيل: الترجيح بالفضل»(٢)، انتهى.

واعتَرض عليه أخوه في «إجابة السائل» وقال: «لا شكَّ أن الحمل وإن كان صرفُ اللفظ عن خلافِ ظاهره، لكن لا بد لصلاحية الكلام لقبوله. وهنا لو كان الوقف على الفقهاء مطلقًا لمَا صحَّت الغايةُ في قوله: حتى لو لم يحضر الدرس... إلخ، بل الظاهر إجراءُ الكلام على ظاهره، كما فهمه شيخ الإسلام عبدُ البر ونظَمه، فقال:

---

(١) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٥).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٧ـ ٢٤٨).

«وليس بأَجْرٍ قطُّ تعليـمُ[1] طـالـبٍ فعن درسه للعلم لو غاب يُعذَر»[2]

نعم؛ لك أن تقول: إن قوله: ليس أُجرةً، أي: محضَة، ولا صدقة كذلك، وليس المدَّعى، والله أعلم»، انتهى.

ثم فرَّع على اعتبار شبه الأُجرة قولَه: (فإذا مات المدرِّس أو عُزِل في أثناء السَّنة) مثلاً، أي: إن كانت الجامكيةُ سنَويةً، أو شهرية إنْ في أثناء الشهر، (قبل مَجيء الغلَّة)، أي: وقتَ انعقاد الزرع حبًّا، وقيل: وقتَ صيرورة الزرع متقوِّمًا، وليس المراد وقتَ نقلها إلى البَيدر، كما يشير إليه كلامُ المصنِّف بقوله: (وقبل ظهورِها، و)الحال أنه، أي: المدرِّس، (قد باشَر مدَّةً) من السَّنة، (ثم مات أو عُزِل) بعد المباشرة: (ينبغي أن ينظُرَ وقتَ قِسمة الغلَّة إلى مُدَّة مباشرته، وإلى مدَّة مُباشرةِ من جاء بعده، ويُقسَّط معلومُ السَّنة) مثلا (على) مُدَّة (المُدرِّسَين)، المعزولِ أو الميِّت والمنصوب، (ويُنظَر) حينئذٍ (كم يكون) منه، أي: المعلوم، للمُدرِّس (المنفصِل، وكم) يكون (للمُتَّصِل، فيُعطَى) كلُّ واحدٍ (بحساب مُدَّته، ولا يُعتبَر في حقِّه)، أي: المنفصل أو المتصل، (اعتبارُ زمان مَجِيء الغلَّة وإدارِكِها)، عطفُ تفسير، بل العِبْرة لوقتِ قسمة الغلَّة، (كما اعتُبِر) زمانُ المَجيء (في حقِّ الأولاد في الوقف).

فلو وقف على ولده، اختلفوا في استحقاق الولد في هذا الوقف، فقال هلال: الموجود وقتَ الغلَّة، سواء وُجِد وقتَ الوقف أو بعده، وبه أخذ مشايخُ بلخ، وقال يوسف السمتي: الموجود وقتَ الوقف فقط.

ولو قال: ولدي وولد ولدي، دخل الفريقان، ويعتبَر وقتُ وجود الغلَّة. وكذا

---

(١) كذا في النسخ، وفي «شرح الوهبانية»: (معلوم).

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية» (١/ ٢٦٤).

لو قال: على فقراء ولده، استحقَّ الوقفَ من كان فقيرًا وقتَ الغلَّة في قول هلال، وعليه الفتوى.

وأما الاعتبارُ في الاستحقاق به، فوقتَ قسمةِ الغلَّة. فلو وقف على سُكَّان البصرة: فهو لمن كان ساكنَها وقتَ القسمة. فلا يجتمع الحكمُ بين الأولاد في الوقف والاستحقاق به، (بل يفترق الحكمُ بينهم وبين المدرِّس، والفقيه، وصاحبِ وظيفةٍ مَّا)؛ بناءً على أن الوقف على الأولاد صِلَةٌ محضة، بخلاف الوقف على المدرِّس وغيره من أرباب الوظائف، فإنه يُشبِه الأُجرة، وقال بعضهم: هما سِيَّان.

ويتفرَّع على الأوَّل: لو وقف على ولده وولدِ ولده: يدخُل فيه من كان موجودًا وقتَ الغلَّة، بشرط أن يكون نسَبُه معروفًا، حتى لو جاءت جاريتُه بولدٍ لأقلَّ من ستَّة أشهر من وقت الغلَّة، فادعاه الواقفُ: لا حقَّ له في الغلَّة وإن ثبت نسَبُه، بخلاف ما لو ولدَتْ زوجتُه أو أمُّ ولده لأقلَّ من ستَّة أشهُر، حيث يستحِقُّ هذا الولدُ منها. وحُكِي عن أبي جعفر أنه جوَّز استحقاقَ ولدِ الأمة على قول علمائنا الثلاثة قياسًا على ما إذا باع دارًا بجاريةٍ، فأخذَها الشفيعُ بالشُّفعة، فولدَتْ لأقلَّ من ستَّة أشهر من وقت البيع، فادَّعاه البائع: ثبت نسَبُه منه وبطل البيعُ والشُّفعة، فقد صُدِّق في إبطال حقِّ الغير، فكذا هنا. وفرَّق أبو الليث أن إبطال حقِّ الشُّفعة قَصديٌّ، وفي الوقف ضِمني. ولو مات الواقفُ ساعةَ مجيءِ الغلَّة، فجاءت امرأتُه بولد: شارَكَ الولدَ الأوَّلَ في الغلَّة، كذا في «إجابة السائل».

(وهذا هو الأشبهُ بالفقه) درايةً، (والأعدلُ) رواية، (كذا حرَّره الطرسوسي في «أنفع الوسائل»[1]).

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة الثالثة من المتفرقات (ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤).

قال في «القنية»: إذا لم يُدرِّس المُدرِّس، ولم يؤُمَّ الإمامُ في أكثر السَّنة: فللمتولِّي أن يُعطِيَ كلَّ واحدٍ ما شاء إن كان الوقفُ على من يدرِّس ويؤُمُّ، ولا يعتبر وقتُ وجود الغلَّة. ثم قال: أمَّ في المسجد سَنةً، فلما أدركت غلَّةُ الوقف مات: فهي لورَثته، بخلاف رِزْقِ القاضي. ثم قال: أخذ الإمام وقتَ الإدارك، ثم انتقل: لا يُردُّ منه حصةُ ما بقي من السَّنة، كالقاضي مات وأخَذ رزقَ السَّنة. وهكذا الحكم في طلبة العلم في المدارس.

قال الطرسوسي: «فهذا منه صريحٌ في عدم اعتبار وجود الغلَّة. ووجهه: أن المأخوذ من هذه الجهات له شبه الأُجرة؛ بدليل جواز أخذ الغنيِّ، كما سبق، فإذا مات ذو جهة أو عُزِل: ينبغي أن يُنظر في وقت القسمة إلى المُدَّتَين، ويُقسَّط المعلومُ عليهما، ويُعطَى كلٌّ منهما بحسابه»، انتهى.

وهذا قول المتأخِّرين.

وأما المتقدِّمون، فيعتبرون وقتَ الحَصاد، فمن كان يُباشِر الوظيفةَ وقتَ الحصاد فهو المستحِقُّ، وما لا فلا، كما نصَّ عليه في «جامع الفصولَين»[1]، لكن لم يَحْكِ فيه خلافًا.

وصرَّح به المولى أبو السعود في رسالةٍ في هذا المبحث، وحاصلُها: أن المتقدِّمين يعتبرون وقتَ الحصاد، والمتأخِّرين يعتبرون زمنَ المُباشرة والتوزيع. ثم استثنى مما قاله المُتأخِّرون ما نبَّه عليه بقوله: (**ثم اعلم أن اعتبارَ زمنِ مجيء الغلَّة في حقِّ الأولاد في غير الأوقاف المُؤجَّرة على الأقساط الثلاثة، كلُّ أربعةِ أشهر قسطٌ**). أما إذا كان كذلك، (**فيجب اعتبارُ إدارك القِسط، فكلُّ من كان مخلوقًا قبل**

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، آخر الفصل الثالث عشر في دعوى الوقف والشهادة عليه (١/ ١٣٥).

تمام الشهر الرابع حتى تمَّ وهو مخلوق: استحقَّ القسطَ، ومن لا) يمُرُّ وهو مخلوقٌ (لا) يستحِقُّ ذلك القسطَ، (كما في «فتح القدير»). قال فيه: «وهذا في الحبِّ خاصَّة. وفي «وقف الخصاف»: ويوم طلعت الثمرة. وينبغي أن يُعتَبر وقتُ أمانة العاهة، كما في الحب؛ لأنه بالانعقاد يأمَن العاهة، وقد اعتبر انعقادُه. وأما على طريقة بلادنا من إجارةِ الوقف لمن يزرعها على الأقساط كلَّ أربعةِ أشهُر... إلخ»(١).

[فائدة: لا تنفسخ إجارةُ الوقف بموت المُؤجِّر، إلا في مسألتين]

(لا تنفسخ الإجارةُ للوقف بموت المُؤجِّر للوقف، إلا في مسألتين):

الأُولى: (ما إذا آجَرها الواقفُ، ثم ارتدَّ ثم مات)، فإنه تنفسخ الإجارةُ بلا حاجة إلى الفسخ؛ (لبُطلان الوقف بمُجرَّد الارتداد)، والإجارة تنفسخ بموته بعد الرِّدَّة، أو بالحكم بلحاقِه بدار الحرب، (فـ)انتقلت (إلى ورَثته).

(و)إلا (فيما إذا آجَر أرضَه، ثم وقَفها على غير معيَّنٍ، ثم مات: تنفسخ) الإجارةُ، (ذكره ابنُ وهبان في آخر «شرحه») في كتاب المعاياة، قال:

«وأرضٌ على غير المعيَّن وقفُها إجارتُها فسخٌ إذا مات مُوجِرُ»

قال في «الشرح»: «إذا آجَر الأرضَ الموقوفةَ على غير مُعيَّن، ومات المؤجِّر: تنفسخ بموته، مع قولنا بعدم الانفساخ بالموت في الوقف إذا كان على غير معيَّن. فالجواب: أن هذا إيجارُ واقفٍ ارتدَّ - والعياذ بالله تعالى - ومات على

(١) «فتح القدير»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه (٦/ ٢٤٤). وتمامه: «وأما على طريقة بلادنا من إجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط، فيجب اعتبار إدراك القسط، فهو كإدراك الغلة، فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط، ومن لا فلا».

رِدَّتـه، فإنهـا تصير ميراثًـا لورَثتِه. ويمكن أن تصـوَّر فيمن آجَر أرضَه، ثـم وقَفها على غيـر معيَّـن: فـإن الوقف صحيـحٌ، وإذا مـات: انفسـخت الإجـارةُ، انتهى. قـال عبد البـر: وهـذا الجوابُ لا يطابق سـؤالَ البيـت؛ لأن السُّـؤال وقف أُوجِر، وهـذا مُوجَر ملـك، لا وقـفٌ»[١]، انتهى.

وقد تقدَّم أن الإجارة لا تبطُل بموت الناظر، ولو على معيَّن.

[مطلب: في ضمان المتولِّي الوقفَ بالتعدِّي]

(إذا آجَر المتولِّي إنسانًا أرضَ الوقف، فهرَب) المستأجِرُ (ومالُ الوقف عليه: لم يضمَن) المُؤجِّر ذلك المالَ؛ (لعدم تعدِّيه، كما في «التاتارخانية»[٢]، بخلاف ما إذا فرَّط المُتولِّي في خشَب الوقف حتى ضاع، فإنه)، أي: المتولي، (يضمَنه)، أي: الخشب؛ لتعدِّيه في إضاعةِ ما لزمه تعهُّدُه. وعلى هذا «بِساطُ المسجد إذا تركه حتى أكلَتْه الأرَضة. هذا إن كان له أَجرٌ»، «صيرفية». والظاهر أن خازنَ الكتب لو لم ينفُضْها حتى أكلَتْها الأرَضة كذلك»، «بيري»[٣].

والظاهر أن مثلَه الوصيُّ، ولم أره، إن كان له أجر.

وفي «المحيط»: حصير المسجد إذا صار خلِقًا واستُغني عنه: فهو للواضع، وإلا فلوارِثه، فإن لم يدفعه أهلُ المحلة إلى فقيرٍ، أو انتفعوا به في شراءِ حصيرٍ آخَر:

---

(١) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (٢/ ٢٤٥).

(٢) لم أجده.

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٨٥). وعبارته: «أقول: والظاهر أن الكتب الموقوفة كذلك إذا لم ينفضها ومنع من إعارتها. ورأيت في «الصيرفية» ما يفيد ذلك، لكن بقيد، ونصه: قلت: وسئل عن من هو قيم مسجد ومؤذنه، ولم ينفض بسط المسجد حتى أكلتها الأرضة، فهل يضمن؟ قال: إن كان له أجر: نعم، وإلا فلا، انتهى. أقول: والظاهر أن الوصي مثله، ولم أره، انتهى».

قال أبو الليث: أرجو أنه لا بأسَ به، ولكن المختار أنه لا يجوز لهم فعلُ ذلك إلا بأمر القاضي.

[مسألة: أقرَّ بأرضٍ في يدِ غيره أنها وقفٌ، وكذَّبه الغيرُ، ثم ملَكها]

رجلٌ (أقرَّ بأرض في يدِ غيره أنها وقفٌ، وكذَّبه الغير، ثم اشتراها)، أي: الرجلُ الأرضَ، (أو ورِثها منه: صارت وقفًا) مُذْ ملَكها (مؤاخَذةً له بزَعْمه، وقد كتبنا نظائرَها في) كتاب (الإقرار).

[حادثة: وقف على أمير، ثم على أولاده، ثم وثم]

(وقعت حادثةٌ) سُئِل عنها، وهي: رجلٌ (وقَف على الأمير فلان، ثم من بعده على أولاده، ثم من بعدِهم على أولادهم، ثم على أولادِ أولادهم، ثم على ذُرِّيتهم ونسلِهم وعقِبهم من الذُّكور خاصَّة دون الإناث، فإذا انقرَض أولادُ الذُّكور: صُرِف إلى كذا)، أي: هذا كلام الواقف، (فهل قولُه: من الذُّكور، قيدٌ للآباء والأبناء)، أي: للمُضاف والمضاف إليه من: أولادهم وأولاد وأولادهم ونسلِهم وعقبهم، (حتى لا تستحِقَّ أُنثى ولا ولدُ أنثى؟ أم هو قيدٌ في الأبناء)، أي: المضاف، وهو: الأولادُ وما عطف عليه، (دون الآباء، حتى يستحِقَّ الولدُ الذَّكرُ، ولو كان من أولاد الإناث؟ أو هو قيدٌ في الآباء دون الأبناء، حتى يستحِقَّ ولدُ ولدِ الذَّكَر، ولو كان أُنثى؟) فهذه ثلاثُ صور.

(فأجبتُ) عن هذا السؤال: (هو قيدٌ) في الأبناء دون الآباء، حتى يستحِقَّ الذكرُ الذي هو من أولاد الإناث؛ (لأن الأصلَ) والقاعدة (كونُ الوصف بعد متعاطِفَين أو متعاطفاتٍ يرجع (للأخير، كما صرَّحوا به في باب المحرَّمات) عند الاستدلال على تحريم بنتِ المدخول بها في قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم

﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، فإنه بعد أن ذكَر تعالى تحريمَ أُمَّهات النساء والرَّبائب وصفَه بقوله: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾، فقالوا: إن هذا القيدَ راجعٌ للأخير، وهو كونُ الربيبة [المدخولةِ بأُمِّها حرامًا][١]، لا مطلقًا، وليس قيدًا في أُمَّهاتِ النساء الموجودين قبل الرَّبائب أيضًا ليَلزَم تحريمُ أمِّ الربيبة إن دخل بالربيبة، (ولأن الظاهر أن مقصودَه)، أي: الواقف، من هذا القيد (حِرمانُ أولادِ البنات؛ لكونهم يُنسَبون إلى آبائهم ذُكورًا كانوا أو إناثًا، و)مقصودُه أيضًا (تخصيص أولاد الأبناء، ولو كانوا إناثًا؛ لكونهم يُنسَبون إليه)، وهذا ناظرٌ إلى عدم دخولِ أولاد البنات في أولاد الأولاد، وهو المُفتَى به. (وبقرينة قوله بعده: فإذا انقرضَ أولادُ الذُّكور)، وأولاد الذكور لا يدخُل فيهم أولادُ البنات، (حيث لم يقُلْ: أبناءُ الذُّكور، ولا أبناءُ الأولاد)، فإنه يدخُل فيه أولادُ البنات، فلو كان مقصودُه ذلك لما قال: أولاد الذُّكور.

هكذا أفتى المصنفُ.

(ثم) بعد أن أفتيتُ بذلك (بلغَني أن بعض الشافعية جعَله قيدًا في الآباء والأبناء)، فلم يُعطِ الإناثَ شيئًا من الآباء ولا الأبناء، (ووافَقه) على ذلك (بعض الحنفية)، وما أفتَوا به مخالفٌ لمذهبهما. أما الحنفية، فلما علمتَه. وأما الشافعية، (فرأيتُ الإمامَ الإسنويَّ في) كتاب («التمهيد» نقل أن الوصف بعد الجُمَلِ يرجع إلى الجميع عند الشافعية، وإلى الأخير عند الحنفية، وأن محلَّ كلام الشافعية فيما إذا كان العطفُ بالواو، وأما بـ«ثم» ـ كما هنا ـ فيعُود إلى الأخير اتفاقًا[٢])، فالمسألة على كلام الفريقَين اتفاقية.

---

(١) في النسخ: (مدخول بأمها حرام)، ولعل الصواب ما أثبت.

(٢) انظر: «التمهيد في تخريج الفروع على الأصول» (ص ٣٩٨).

وفيما قاله نظرٌ؛ لأن الشافعية نصُّوا على خلاف ذلك؛ قال في «تيسير الوقوف» للمناوي بعد أن نقل كلامَهم في رجوع الاستثناء والصفة إلى الجميع، تقدَّمت أو تأخَّرت، إنْ صلُحتْ للجيمع أو اتصل، خلافًا للتاج السبكي في الصفة المتوسِّطة، فإنه تختصُّ بما ولِيَتْه. قال: «وقضيةُ كلامهم[1] أنه لا فرق في العطف بين كونه بـ«ثم» أو الفاء أو غيرهما، وهو ما جرى عليه أكثرُ المتأخِّرين، وأطالوا في الانتصار له تبعًا لابن عبد السلام وغيره، مخالِفين لما اقتضاه «المنهاجُ» كأصله، ونقله الشيخانِ عن الإمام[2]، والإسنويُّ عن الأصوليين في التقييد بالواو، بل الضابطُ وجودُ عاطفٍ جامعٍ بالوضع كالواو والفاء و«ثم» و«حتى»، بخلاف «بل» و«لكن» وغيرهما»[3]، انتهى المقصود منه.

وقال أخوه الشيخُ عمر في «إجابة السائل»: «ونازَعه بعضُ العَصرِيين قائلا: إن هذا الكلام مُتهافِتٌ. أما أوَّلا: فلأن الوصف لو رجَع للأخير لكان قيدًا في «عقبهم»؛ لأنه الأخير. وأما ثانيا: فلأنه مُخالفٌ لنقول المذهب، فقد قال هلال: لو وقف على ولده وولدِ ولده الذُّكور: دخل فيه الذكورُ من ولده وولدِ ولده من البنين والبنات، انتهى.

وهذا[4] خطأٌ نشَأ من عدم التدبُّر في الكلام، وذلك لأن قوله: الوصفُ يرجع إلى الأخير، يريد به المُضافَ إليه في قوله: ثم على أولادهم، ولا شكَّ أنه أخيرٌ باعتبار

---

(١) في «تيسير الوقوف»: (إطلاقهم).

(٢) أي: النووي والرافعي عن الجويني إمام الحرمين.

(٣) «تيسير الوقوف»، الباب السابع في أحكام الوقف اللفظية، فصل في استخدام الصفة والاستثناء في ألفاظ الوقف (ص ١٢٥).

(٤) القائل: الشيخ عمر صاحب «إجابة السائل».

المضاف. وأما كونُه خلافَ المنقول، فممنوع؛ إذ ما قاله هلالٌ مبنيٌّ على دخول أولاد البنات في أولاد الأولاد، وقد علمتَ أن ظاهر الرواية خلافُه. والخلاف بينهم في دخول أولاد البنات في أولاد الأولاد ليس مما نحن فيه، بل عدم الدخول هنا متفَقٌ عليه»، انتهى.

وهذا الجواب لا يفيد في دفع الاعتراض عن ما قرَّره من القاعدة؛ لأن **الوصف بعد المُتعاطِفات للأخير**، والمضافُ والمضاف إليه ليس من المُتعاطفات، بل ربما يكون آخِرَه.

بقي شيء: وهو أنه إذا وقع وصفٌ بعد مُضافٍ ومضافٍ إليه هل يرجع إلى المضاف أو المضاف إليه؟ يرجع للأخير عند الحنفية، ويحتاج إلى نقلٍ في ذلك.

ثم قال في «إجابة السائل»: «وقعت حادثةٌ نظير هذه، وهي أن السلطان برقوق شرَط في وقفه النظرَ لنفسه، ثم لأولاده من الذكور خاصَّةً دون الإناث، ثم لأولادهم ونسلِهم وعقِبهم من الذُّكور خاصَّةً دون الإناث، فوُجِد من ذُرِّيَة الواقف ذكورٌ من أُنثى، فهل يستحِقُّون النظر؟

فأجبتُ بعدم الاستحقاق للنظر مخالفًا لبعض العصريين؛ لأنه يشترط في استحقاقه إياه أن يكون أصلُه ذكَرًا، كما يدلُّ عليه قول الواقف: ثم لأولادهم من الذُّكور خاصة، للقطع بأن الضمير يرجع إلى الأولاد المُتَّصِفين بالذُّكورة؛ لأن الواقف إذا قيَّد الاستحقاقَ بصفة تقيَّد بها؛ ألا ترى إلى قولهم: إذا وقف على أولاده الذين يسكُنون البصرةَ، أو على العُميان منهم: كان الوقفُ عليهم خاصة. والخلافُ في دخول أولاد البنات ليس مما نحن فيه؛ لما علمتَه من اشتراط كون الموجود ذكَرًا من ذكَر»، انتهى.

وأُورد عليه ما في «البزازية»: «لو قال: موقوفة على أولادي وأولاد أولادي الذُّكُور، قال هلال: يدخل فيه ولدُ البنين والبنات»[١]. قال بعضُهم: إن الحكم كذلك لو قال: على ولدي وولدِ ولدي من الذُّكور ونسلي، فأجاب: إن غايةَ مفادِه اشتراطُ كون المستحِقِّ منهما ذكَرًا، وفيما نحن فيه شرَط أن يكون أصلُه ذكرًا، كما مرَّ، فتدبَّرْه.

قال: وما في «البزازية» لا يُطابق الدليلُ المدَّعى، والدليل[٢] أنه لو قال: أرضي صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي الذُّكور، قال هلال: هي للذُّكور من ولده وولد ولده من البنين والبنات. أما على ظاهر الرواية، فهو ظاهرٌ في جعله الوصفَ قيدًا فيهما. ثم إن هذا إنما يتِمُّ على اختيار الخصَّاف في عدم دخول أولاد البنات، وأما على ظاهر الرواية فلا.

[فائدة: الاستدانة على الوقف لمصالحه لا تجوز إلا بإذن القاضي]

(الاستدانةُ على الوقف لمَصالح الوقف عند الضرورة: لا تجوز إلا بإذن القاضي)، وإن لم يشترطه الواقفُ، وإلا فيجوز بدون إذنه، كما تقدَّم.

وهل من الضرورة إذا غصَب أرضَ الوقف غاصبٌ، وتعذَّر خلاصُها منه بدون مال؟ قال الحموي: «لم أرَه، والظاهر أنه منها»[٣].

وأعاد هذا المبحثَ لأجل قوله: (وإن كان المُتولِّي بعيدًا منه)، أي: القاضي، (يستدين المُتولِّي بنفسه) فيما فيه ضرورةٌ، كخشية الانهدامِ، وأكلِ الجَراد والزرعُ يحتاج لنفقةٍ ليَجمَعه، ومُطالبةِ السلطان بالخراج. وهذا إذا لم يكن في تلك السنة

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الخامس في الوقف على الأولاد (٦/ ٢٧٢).

(٢) كذا في (خ). وفي (ع): (والمدعى).

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٥٣).

غلَّةٌ، فلو كانت، وفرَّقها القيِّمُ: ضمِن؛ لأنه يلزمه إبقاءُ قدرِ ذلك في كل سنة، فتنبَّه، «در منتقى»[١].

[مطلب: في تفويض الناظر النظرَ إلى غيره]

(الناظر إذا فوَّض النظرَ لغيره)، بأن أقامه مقامَ نفسه، (فإن كان) ثبت (له التفويضُ بالشرط)، أي: شرط الواقف له التفويضَ، (صحَّ مطلقًا) في الصحة والمرض، (وإلا) يكن له التفويضُ بالشرط، (فإن فوَّض) النظرَ (في صحَّته: لم يصحَّ، وإن فوَّض) النظرَ (في مرضه: صحَّ، كذا في «القنية» و«التتمة» و«خزانة المُفتين»).

وينبغي تقييدُه بما إذا لم يشترط الواقفُ أنه ليس له أن يُفوِّضَ لغيره. أما إذا شرط ذلك: كان النظرُ بعده للقاضي، كما في «خزانة الأكمل».

وفي «الخلاصة»: «المُتولِّي إذا فوَّض الأمرَ لغيره لا يصحُّ. أما السلطانُ إذا فوَّض أمرَ المسجد إلى عالمٍ، فله أن ينصب متوليًّا»[٢]، انتهى.

وليس للوصي في الوقف أن يُوصِيَ لغيره[٣].

«ولو جعل الواقفُ للقيِّمِ في كل سنةٍ مالا، ولم يشترط للقيِّم أن يجعل هذا المالَ لغيره: فليس له أن يوصيَ به لغيره، وله أن يُوصي بالقيام بأمرِ هذا الوقف»، «تاتارخانية»[٤].

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٨٤).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، آخر الفصل الرابع في المسجد وأوقافه (٤/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤).

(٣) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، من «الأجناس»، تولية (٤/ ٤٧٤).

(٤) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوقف، أواخر الفصل السابع في تصرف القيم في الأوقاف (٨/ ٨٠). والكل من «البيري» (١/ ٥٨٨ ـ ٥٨٩).

(وإذا صحَّ التفويضُ بالشرط: لا يملك المفوِّضُ عزلَه)، أي: المفوَّضَ له، (إلا إذا كان الواقفُ جعل له التفويضَ والعزلَ)، فيملك عزلَه، (كما حرَّره الطرسوسي في «أنفع الوسائل»[1])؛ إلحاقًا له بالوكيل المأذونِ له بالتوكيل، والقاضي المأذونِ له في الاستخلاف.

(ولم يذكُر) الطرسوسي (ما إذا فوَّض النظرَ في مرضِ موته بلا شرطٍ) من الواقف التفويضَ، (و)قد تقدَّم (أنَّا قُلنا بالصحَّة)، أي: بصحة التفويض في المرض بلا شرط. فهل له العزلُ والتفويض لغيره؟ قال المصنِّف بحثًا: (وينبغي أن يصحَّ له العزلُ والتفويضُ إلى غيره، كالإيصاءِ)، أي: لأنه بمنزلة الوصيِّ، وللوصيِّ أن يوصي لغيره.

(وسُئلتُ عن ناظر معيَّنٍ بالشرط)، بأن شرط الواقفُ النظرَ لفلان، (ثم بعد وفاته يكون النظرُ لحاكم المسلمين، فهل إذا فوَّض النظرَ لغيره، ثم مات) المفوِّضُ، (ينتقل النظرُ للحاكم أو لا) ينتقل له، بل للمفوَّضِ له؟ (فأجبتُ بأنه)، أي: الناظر المعيَّن بالشرط، (إن فوَّض في صحَّته: ينتقِل) النظرُ (للحاكم بموته؛ لعدم صحة التفويض، وإن) كان التفويضُ (في مرض موته: لا ينتقِل له)، أي: للحاكم؛ لصحة التفويض (ما دام المُفوَّض له باقيًا؛ لقيامه مقامَه)، أي: المفوِّض، فكأنه في الحياة.

وفيه: أنه يلزمه التفويتُ بالعمل بالشرط المنصوصِ عليه من الواقف؛ لأنه يجوز أن يفوِّض المُفوَّضُ له الثاني في المرض، والثاني لثالثٍ كذلك، فيبطُل شرطُه، ثم من بعده ينتقل للحاكم.

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف في كتاب وقفه الولاية لشخص (ص ٢٦٣).

وسيأتي في أوائل الفنِّ الثالث أنه وقع الاشتباهُ في مسائلَ، وكثُر السؤالُ عنها، ولم نجدها نصًّا بعد التفتيش، وذكر منها هذه المسألة، ونقل عن «اليتيمة» أن المشروط له النظرُ إذا فوَّضه لغيره، فإن كان التفويضُ له على وجه العموم: صحَّ تفويضه، وإلا فإنْ في صحَّته: لا يجوز، وإن كان عند موته: جاز. فجعل التفصيلَ بين الصحة والمرض فيما إذا لم يكن التفويضُ على وجه العُموم، وإن كان عامًّا: صحَّ مطلقا، بخلاف ما هنا، فإنه لم يعتبر هذا القيد، فتأمَّل.

[مسألة: شرط الواقف مَرتَبًا لرجل، ثم من بعده للفقراء]

(وسُئلتُ عن واقفٍ شرَط مَرتَبًا لرجل معيَّنٍ، ثم من بعده للفقراء، ففرَغ) ذلك الرجلُ (عنه لغيره) من غير الفقراء، (فهل ينتقِل إلى الفقراء)، أو إلى ذلك الغير؟ (فأجبتُ بالانتقال) للغير؛ لأنه وصية، وللوصي أن يوصي، تأمل؛ فقد تقدّم عن «الخلاصة» أنه ليس للمتولي أن يفوِّض الأمر إلى غيره، إلا أن يقال: هذا مشروطٌ، وذاك غيرُ مشروط.

وقريبٌ من هذا: الخليفة إذا جعل رجلا خليفةَ عهدِه، هل يصير الثاني خليفةً أو لا؟ ذهب أبو بكر البلخي إلى الثاني، وغيرُه إلى الأوَّل، «أنفع الوسائل».

[فائدة: ليس لأحدٍ إحداثُ وظيفةٍ في الوقف بغير شرطٍ، إلا النظرَ]

(ليس للقاضي) ولا لغيره (أن يقرِّر وظيفةً في الوقف بغير شرطِ الواقف، ولا يحِلُّ للمُقرَّر الأخذُ)، أي: أخذ المعلوم، (إلا النظرَ على الوقف)، فإن للقاضي أن يقرِّر ناظرًا، ولو ما شرطه الواقف.

(وذكر الحُسامي في «واقعاته» أن للقاضي نصبَ القيِّم بغير شرط، وليس له نصبُ خادمٍ للمسجد بغير شرطٍ، فاستفدتُّ منها)، أي: مما في «الواقعات»، (ما

ذكرتُه) من أن ليس للقاضي أن يُقرِّر وظيفةً في الوقف، ولا يحِلُّ للمُقرَّر الأخذُ. وقد تقدَّم في فنِّ القواعد تتمَّةُ الكلام على هذه المسألة.

وقال شيخنا نقلا عن خط والده: إن محلَّ عدم إحداث الوظائف في الأوقاف الحقيقية مقيَّدٌ بعدم الضرورة، كما في «فتاوى العلامة قاسم»، أما ما دعت إليه الضرورةُ واقتضته المصلحة، كخدمة الرَّبعة الشريفة، وقراءة العشر، وشهادةِ الديوان والجباية، فيُرفع إلى القاضي، ويُثبَت عنده الحاجة، فيقرِّر من يصلُح لذلك[1]، ويُقدِّر له أجرَ مثله، أو يأذَن للناظر في ذلك. قال العلامة قاسم: والنصُّ في مثل هذا في «الفتاوى الولوالجية».

[ضابط: الصدقة يُكره فيها الإغناءُ، إلا للقرابة]

(يُكرَه إعطاءُ فقيرٍ من وقف الفقراء مائتَي درهم)، أي: مقدارَ النصاب، (لأنه صدقةٌ)، والصدقة يُكرَه فيها الإغناءُ، (فأشبَهتْ الزكاةَ)، أي: قياسًا على الزكاة بعِلَّة الصدقة في كلٍّ، (إلا إذا وقف على فقراء قرابته، فلا يُكره) إعطاءُ فقيرٍ منهم مائتَي درهم، (كالوصيَّة)، أي: قياسا على الوصية، (كذا في «الاختيار»[2]).

(ومن هنا)، أي: من كراهة الإعطاء لفقيرٍ من وقف الفقراء مقدارَ نصابٍ إلا للقرابة، (يُعلَم حكمُ المرتَبِ الكثير)، أي: بمقدار النصاب فما فوقه، (لبعض العلماء الفقراء)، فإن كانوا ذوِي قرابةٍ فلا يكره، وإلا كُرِه. والظاهر أن الكراهة تحريميَّةٌ، وقد تقدَّم في باب الزكاة.

---

(١) في هامش (خ): (استدرك على ذلك في «رد المحتار» من فروع الوقف بما نقله عن «الذخيرة» مما حاصله أنه يستأجر ولا يقرر. فراجعه).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار»، كتاب الوقف (٣/ ٤٦).

[فرع: وقف على فقراء قرابته: لا يستحِقُّ مدَّعيه إلا ببيِّنة]

(إذا وقف) رجلٌ (على فقراء قرابتِه)، فجاء رجلٌ وادَّعى الفقرَ والقرابة: (لم يستحِقَّ مدَّعيهما شيئًا) من الوقف، (إلا) إذا أتى (ببيِّنةٍ) تشهَد (على القرابة والفقر. ولا بدَّ من بيان جهة القرابة)، لتنوُّع القرابة واختلافِها، كما لو شهِدوا أنه وارثٌ: لا تُقبل حتى يُبيِّنوا جهتَه. (ولا بد من بيان أنه فقيرٌ مُعدِم)، ولا بد من بيان أنه ليس له أحدٌ تلزمه نفقتُه، كما في «شرح الوهبانية»[1].

فإذا أقام البيِّنةَ على جميع ذلك: أدخله القاضي في الوقف، والقياس أن لا تصحَّ البيِّنةُ على الفقر؛ لأنه الأصل في الإنسان[2]، ولكن **الاستصحابَ لا يصلُح حجَّةً في الاستحقاق**، وهو يدَّعيه، فلا بد من البيِّنة.

واستحسن هلالٌ أن لا يُدخِله حتى يسأل في السِّرِّ، واستحسنه المشايخ. وقال أيضًا: إن وافَق خبرُ السِّر البيِّنةَ لم يُدخَل حتى يستحلِفَه: بالله ما لك مالٌ، وأنك فقيرٌ، وليس أحدٌ يلزمه نفقتُك. وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى: إنه حسَن. وقال الخصَّاف: بعد الشهادة بالفقر لو أخبر عدلانِ في السِّرِّ بالغِنَى: فخبرُ الغنى أَولى. وهذا إن بيَّنوا وجهَ الغنى وعرَفوه؛ لأنه مُثبِت. قال هلالٌ: والخبر والشهادة في هذا الباب سواء. ويكتفَى من الشاهد أن يقول: لا نعلَم له أحدًا تلزَمه نفقتُه، ولا يكلَّف القطعَ بذلك، كذا في «شرح الوهبانية» لابن الشحنة[3].

---

(١) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٢).

(٢) فإنه خلق وهو عديم المال، وإنما كلفناه؛ لأن الاستحقاق بالفقر الأصلي إنما هو استحقاق بالظاهر والاستصحاب، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق، كما في «شرح الوهبانية».

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٢).

[مطلب: في بيان الفقير والغني في الوقف]

ثم بيَّن الفقيرَ في باب الوقف فقال: (ومَن له نفقةٌ على غيره، ولا مالَ له: فقيرٌ، إن كانت) نفقتُه (لا تجب) على الغير (إلا بالقضاء، كذوِي الرحِم المحرَم، وإن كانت تجب بغير القضاء: فليس بفقير، كالولد الصغير، كذا في «الاختيار»[1]). وهو مقيَّد؛ لما قدَّمناه عن ابن الشحنة.

وقال فيه أيضا: «الفقيرُ من ليس له إلا مسكَنٌ، وخادِم، وثيابُ كفاف، ومتاع بيت لا غِنَى له عنه، مُعتمِلا يتكسَّب نفقتَه ونفقةَ عيالِه أو لا. فلو فضُل عن حاجته ما يبلُغ مائتَي درهم: فغنيٌّ، وإلا ففقيرٌ. ولو كان الفاضلُ من كلٍّ من الثياب والخادم ومتاعِ البيت[2]، كما لو كان له مَسكَنان أو خادمان لا يُساوِي أحدُهما المائتَين: ففقيرٌ، «خانية».

واعتبر يوسف السمتي أن يكون الفاضلُ خمسين درهمًا. ولو كان له أرضٌ تساوي المائتَين، إلا أنه لا يخرُج من غلَّتها ما يكفيه: كان فقيرًا عندهما، خلافًا للثاني. قال في «الخانية»: وما قاله أحوطُ، وما قالاه أوسَع[3]، واختار قولَ الثاني هلالٌ. وقال أبو جعفر: إن كان عدمُ كفايته ما يخرُج منها لنقصانٍ فيها: فهو فقيرٌ، وإنْ لقصورٍ في تعهُّده: فغنيٌّ»[4]، انتهى.

[فائدة: لا حقَّ للمستحِقِّين في الغلَّة زمنَ احتياج الوقف إليه]

(إذا حصل تعميرُ الوقف في سَنة، وقطَع المتولِّي معلومَ المُستحِقِّين كلَّه أو

---

(١) انظر: «الاختيار»، كتاب الوقف (٣/ ٤٦).

(٢) أي: لا يساوي مائتي درهم.

(٣) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في الوقف على القرابات (٣/ ٣٢٦).

(٤) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٢).

بعضَه: فما قطع لا يبقَى لهم دَينًا على الوقف؛ إذ لا حقَّ لهم في الغلَّة زمنَ التعمير، بل زمنَ الاحتياج إليه، عُمِّر أو لا).

وقد تقدَّم هذا المبحث، وأعاده لقوله: (وفي «الذخيرة» ما يُفيد أن الناظر إذا صرَف لهم)، أي: للمستحِقِّين، (مع الحاجة إلى التعمير: فإنه يضمن[١]، انتهى). وبه أفتى شيخُه ابنُ الحلَبي.

وفي «البحر» ما يخالفه، قال ناقلا عن «الخانية» قُبيل وقف المُشاع: «إذا اجتمع من غلَّة الأرض في يد القيِّم، فظهر له وجهٌ من وُجوه البِرِّ، والوقفُ محتاجٌ إلى الإصلاح والعمارة أيضًا، ويَخاف القيِّمُ أنه لو صرَف إلى العمارة يفُوت ذلك البِرُّ: فإنه ينظُر؛ إن لم يكن في تأخيرِ إصلاح الأرض ومَرمَّتِه إلى الغلَّة الثانية ضرَرٌ بيِّنٌ يُخاف خرابُ الوقف: فإنه يصرف الغلَّةَ إلى ذلك البِرِّ، ويُؤخِّر المرمَّة إلى الغلَّة الثانية، وإن كان في تأخير المرمَّة ضرَرٌ بيِّنٌ: فإنه يصرف الغلَّة إلى المرمَّة، فإن فضَل شيءٌ يصرف إلى ذلك البِرِّ»[٢]. قال في «البحر»: «وظاهره أنه يجوز الصرفُ على

---

(١) قال في «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوقف، الفصل الخامس عشر في تصرف القيم في الوقف، نوع في الاستدانة على الوقف (٨/ ٥٠٣): «إذا كانت (أي: غلة في تلك السنة)، ففرق القيم الغلة على المساكين، ولم يمسك للخراج شيئا: فإنه يضمن حصة الخراج؛ لأن قدر الخراج وما يحتاج إليه الوقف من العمارة والمؤنة مستثنًى عن حق الفقراء، فإذا دفع إليهم ذلك: ضمن». قال في «البحر الرائق» (٥/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦): «وإذا ضمن: ينبغي أن لا يرجع على المستحقين بما دفعه إليهم في هذه الحالة؛ قياسا على مودع الابن إذا أنفق على الأبوين بغير إذنه وبغير إذن القاضي، فإنهم قالوا: يضمن ولا رجوع له على الأبوين، قالوا: لأنه ملكه بالضمان، فتبين أنه دفع مال نفسه وأنه متبرع ولا رجوع فيه».

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، لا يقسم الموقوف بين مستحقيه (٥/ ٢٢٥).

المستحقِّين وتأخيرُ العمارة إلى الغلَّة الثانية إن لم يُخَفْ ضرَرٌ بيِّن»[١].

إذا تقرَّر هذا عُلِم عدمُ جواز إلزام المتولِّي المعزولِ بما دفع للمستحِقِّين في هذه الحال، وقد وقعت الاستراحةُ من بحث الرُّجوع عليهم وعدمه.

(وفائدةُ ما ذكرناه) من أنه إذا قطَع معلومَ المستحقِّين في أيام العمارة: لا يبقى لهم دينًا على الوقف، أنه (لو جاءت الغلَّة في السَّنة الثانية، وفاض شيءٌ بعد صرفِه معلومَهم هذه السَّنة: لا يُعطيهم الفاضلَ عِوضًا عن ما قطَع) عليهم أيَّامَ العمارة، بخلاف ما لو كان الفاضلُ من السِّنين المتقدِّمة، فإنه يحاسَب عليها.

(وقد استُفتيتُ عمَّا إذا شرَط الواقفُ الفاضلَ عن المستحقِّين للعُتقاء)، والوقفُ عليهم يشمل الذكَر والأُنثى، ولو أُنثى فقط[٢]، فيكون لكلٍّ من أعتقه الواقفُ أو أدركه العتقُ من قِبَله، ويدخُل فيه مُدبَّرُوه وأُمَّهاتُ أولاده، كما صرَّح به في «أوقاف الخصاف»، (وقد قُطِع للمُستحِقِّين في سنةٍ شيءٌ بسبب التعمير، هل يُعطي الفاضلَ في السنة الثانية) التي لا تعمير فيها لهم، أي: للمستحقِّين، عِوضًا عما قطَعه عليهم

---

(١) «البحر الرائق» (٥/ ٢٢٥).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ولو أنثى فقط. هذا بحث للبيري، قاسها على ما ذكره في «السير»: حربي طلب الأمان لمواليه، وله موليات ليس معهن رجل: دخلن جميعا في الأمان. اهـ. فالعتقاء مثله من غير فرق. هذا ما ظهر للعبد الفقير، انتهى كلام البيري. ونقل عن القاضي ما نصه: ولو كان له موليات كانت الغلة لهما بالسوية. ولو كانت له موليات ليس معهن رجل كان للموليات كل الغلة؛ فإن محمدا ذكر في «السير»: حربي طلب الأمان... إلخ. فالحاصل أن لفظ «موالي» للذكور و«موليات» للإناث. ولو كان له موليان: فالغلة لهما بالسوية. ولو كان له موليات ليس معهن رجل: كان للموليات كل الغلة. ومثله لفظ «عتقاء»، فليتأمل، ويراجع جميع كتاب «الدر» وحواشيه، ويوفق بين هذا وبين ما يتراءى فيه من المخالفة. والله بكل شيء عليم).

في سنة التعمير (أو) يعطيه (للعُتقاء؟ فأجبتُ) بإعطائه (للعُتقاء)، لا المستحقِّين؛ (لما ذكرناه) من أنهم لا حقَّ لم في الغلة زمنَ التعمير.

[مطلب: هل يرجع الناظر على المستحقِّين بما دفَع لهم من غير استحقاق؟]

(وإذا قلنا بتضمين الناظر إذا صرَفه إليهم مع الحاجة إلى التعمير)، على ما أفاده في «الذخيرة»، (هل يرجع) الناظرُ (عليهم بما دفَعه لهم لكونهم قبَضوا ما لا يستحِقُّونه أم لا) يرجع عليهم؟

(لم أرَه صريحًا) أن يرجِع عليهم، لكن (نقلوا في باب النفقات أن مُودَع)، بفتح الدال، (الغائب إذا أنفَق الوديعة على أبوَي المُودِع)، بكسر الدال، (بغير إذنه)، أي: المودِع، (أو) بغير (إذن القاضي: فإنه يضمَن) ما أنفق قضاءً على **الصحيح**، لا ديانةً، حتى لو مات الغائبُ: حلَّ له أن يحلِف لورَثته أنه بريء، ولو لم يكُنْ ثمَّةَ قاضٍ: لا يضمَن استحسانًا. (وإذا ضمِن: لا يرجع عليهما؛ لأنه لمَّا ضمن تبيَّن أن المدفوع مِلكُه؛ لاستناد ملكه إلى وقت التعدِّي، كما) ذكره (في «الهداية»[1] وغيرها)، فكان متبرِّعًا.

(و)مما (قالوا في كتاب الغصب أن المضموناتِ) بالغصب (يَملِكُها الضامنُ مِلكًا مُستنِدًا إلى وقت التعدِّي، حتى لو غيَّب الغاصبُ العينَ المغصوبةَ، وضمَّنه المالكُ) قيمتَها: (ملَكها)، أي: العينَ المغصوبة، (مستنِدًا إلى وقت الغصب)؛ كيلا يجتمع البدلان، والثابت بالاستناد ثابتٌ من وجهٍ دون وجه، ولذا لا يملك الأولادَ، والقولُ في القيمة للغاصب مع يمينه إن لم يُبرهِنْ مالكُه على الزيادة، ثم

---

(١) انظر: «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الرهن، باب التصرف في الرهن والجناية عليه (١٠/ ١٨٩).

إن ظهر المغصوبُ: فللغاصب أخذُه ويدفع القيمةَ، أو يَرُدُّه ويأخذ القيمةَ، فإن ظهر المغصوبُ وقيمتُه أقلُّ أو أكثرُ أو مثلُه، وقد ضمِنه بقول المالك أو ببُرهانه أو بالنكول: فهو للغاصب، ولا خِيارَ للمالك، وإن ضمِنه بقوله: فالمالكُ بالخيار، إن شاء أمضَى الضمانَ، أو أخَذه ويرُدُّ عِوضَه، «ملتقى»[1].

ثم فرَّع على ملكه بالاستناد أنه لو باع الغاصبُ المغصوبَ قبل الضمان، (فـ) ضمِنه: (ينفُذ بيعُه السابق) على الضمان، (ولو أعتق العبدَ المغصوبَ بعد التضمين: نفَذ) على **الأصحِّ**، خلافًا لما في «الملتقى» من أنه «لا ينفُذ عتقُه؛ لأن الملك الناقصَ يكفي لنفاذ البيع دون العتق»[2]. (ولو كان) المغصوبُ عبدًا (محرمَه)، أي: الغاصب، (عتَق عليه)؛ لمِلكه مستنِدًا، بناءً على **الأصحِّ**. ولذا قال: (كما بيَّنَّاه في النوع الثاني من بحث الملك).

وهذا الذي اختاره المصنِّف هنا من عدم الرجوع بما دفعه الناظر للمستحقِّين، هو ما اختاره في «البحر»، قال: «لأنه بالضمان يتبيَّن أنه دفع من مال نفسه، فيكون متبرِّعا»[3].

وخالفه في «النهر»، وقال: «له الرجوعُ ما دام قائما، لا إذا هلَك»[4]، ويؤيِّده ما لو دفع اللقطةَ بالعلامة، فجاء آخَرُ وأقام بينةً أنها له، فإن كانت قائمةً: أخذها، وإن كانت هالكةً: ضمَّن أيَّهما شاء؛ لتعدِّيهما بالدفع والأخذ، ورجع المُلتقِط على الآخِذ.

---

(١) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الغصب، فصل في تصرف الغاصب (٤/ ٩٠ ـ ٩١).

(٢) «ملتقى الأبحر» (٤/ ٩١).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، لا يقسم الموقوف بين مستحقيه (٥/ ٢٢٥).

(٤) «النهر الفائق»، كتاب الوقف (٣/ ٣٢٢).

وفي «فتاوى الحانوتي» ما يوافقه، قال: «ومقتضى القواعد أن يكون متبرِّعًا؛ لأنه لمَّا ضمِن الناظرُ أو الجابي أو غيرُه مالَ الوقف: صار دافعًا لمالِ نفسه، فيكون متبرِّعًا، فيكون حكمُه حكمَ الهبة، يرجع إلا أن يوجَد مانعٌ من الرجوع في الهبة، كهلاك العين الموهوبة، كما قالوا في مودَع الابنِ إذا أنفق»، انتهى.

ورجَّح في «الفتاوى الخيرية» خلافَه، قال: «وقد وقعَتْ المناظرةُ بين العلماء من أهلِ التصنيف في ذلك، فمن قائلٍ بعدم الرجوع مطلقًا، وهذا لا يصحُّ على إطلاقه، ومن قائلٍ بالرجوع [قائمًا، لا] هالكا أو مُستهلَكًا. ومنهم من قال: يرجع به قائمًا ويضمَن [بدَلَه] مُستهلَكًا؛ لأنه ما دفعه على وجه الهبة، وإنما دفعه لأنه حقُّ المدفوعِ إليه، وهذا **أصحُّ الوجوه**»[١].

وفي «البيري» ما يُستفاد منه أنه ليس الرجوعُ مطلقا مستنِدًا على ما في «الملتقطات»: «قال لآخر: لي عليك ألفُ درهم، فقال له: إن حلفتَ أنَّ لك عليَّ ألفَ درهم أدَّيتُ إليك، فحلَف ودفع له بناءً على ذلك الشرط: له أن يستردَّ؛ لأنه شرطٌ باطل، والأداءُ بناءً عليه، **والبناءُ على الباطل باطلٌ**، وإن أدَّى بناءً على سبب صحيح: ليس له أن يستردَّ؛ لأنه أدَّى بناءً على سبب ثابت، انتهى. ولا ريب أن دفعَه مع الاحتياج إلى العمارة ليس السببُ فيه صحيحًا، فله الرجوع»، انتهى. وما ذكره من الاستناد إلى باب النفقات، والغصب لا يصحُّ؛ لأن السبب فيه صحيح، انتهى.

والحاصل: أن المصنِّف رحمه الله رجَّح الرجوع هنا، وفي «البحر» عدمَ الرجوع مطلقًا، وأفاد في «النهر» الرجوعَ في القائم دون الهالك، و«الخيريِّ»

---

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: في المتولي إذا صرف الغلة للمستحقين (١/ ١٣٠).

الرجوعَ في القائم والضمان في الهالك، و«البيريِّ» الرجوعَ مطلقًا، ورجَّحه شيخُنا السيِّدُ في «حواشيه»(١).

ثم إنه أجاب عما أُورد على ما استند إليه بما تقدَّم من المعارَضة بقوله: (ولا يخالفه)، أي: ما ذكرناه من أنه له الرجوع مستنِدين إلى ما نقلناه، (ما في «القنية» من باب الشروط في الوقف: «لو شرط الواقفُ قضاءَ دينه من الوقف، ثم يُصرَف الفاضلُ من قضاء الدين (إلى الفقراء، فلم يظهر دَينٌ في تلك السنة، فصُرِف الفاضلُ إلى المصرف المذكور)، وهو الفقراء، (ثم ظهر) بعد الصرف (دَينٌ على الواقف: يُستَرَدُّ ذلك المدفوع من المدفوع عليهم»، انتهى)، أي: فكذلك في ما إذا دفع المستحِقُّ في زمن العمارة بناءً على مسألتنا أنه مستحِقٌّ، فظهر أنه غيرُ مستحِقٍّ: فإنه يُستَرَدُّ منه.

قلنا في دفع هذه المعارضة بالفرق بينهما؛ (لأن الناظرَ ليس بمتعدٍّ في هذه الصورة)، أي: صورة «القنية»، (لعدم ظهور الدَّين وقتَ الدفع)، وكلُّ ما كان غيرَ متعدٍّ فيه (فلم يملِكْه القابضُ بالقبض)، وإذا لم يملكه بالقبض (كان للناظر استردادُه، بخلاف مسألتنا) التي نحن فيها؛ (لأنه)، أي: الناظر، (متعدٍّ) في الصرف إلى المستحقين؛ (لكونه صرَف عليهم مع علمه بالحاجة إلى التعمير)، فلا يصح قياسها على مسألة «القنية».

[فرع: أذن القاضي بالدفع إلى زوجة الغائب، فحضَر وجحَد النكاح]

(وكذا لا يَرِدُ) على مسألتنا (ما إذا أذِن القاضي بالدفع إلى زوجة الغائب)، أي: لمودَعِه أن يُنفِق عليها من ماله، (فلمَّا حضَر الزوجُ) الغائبُ: (جحَد النكاح وحلَف) على أن لا نكاحَ بينهما: (فإنه) يَرجع على الدافع، وهو على المدفوع له؛ لما قاله

(١) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٥٤/ أ).

(في «العتابية»): الزوجُ بالخيار، (إن شاء ضمَّن المرأةَ، وإن شاء ضمَّن الدافعَ، ويرجع هو)، أي: الدافع، (على المرأة، انتهى). قلنا في دفع هذه المُعارضة أيضًا: إنما يرجع على الدافع وهو على المدفوع له (لأنه غيرُ مُتعدٍّ وقتَ الدفع، وإنما ظهر الخطأُ)، أي: خطؤُه، (في الإذن)، أي: إذن القاضي، (فإنما دفع بناءً على صحَّة إذنِ القاضي)، ثم ظهر خطؤُه، (فكان له الرجوعُ عليها؛ لأنه)، أي: الدافع، (وإن ملك المدفوعَ بالضمان، فليس بمُتبرِّع) في الدفع. فالفرقُ بينها وبين مسألتنا ظاهرٌ، فلا يُقاس ما نحن فيه عليها.

[استفتاء: استغنى المسجدُ عن غلَّة دارٍ وُقِفت له، هل تُصرف إلى الفقراء؟]

(وسُئل أبو بكر الرازيُّ عن رجل وقف دارًا على مسجد، على أن ما فضَل عن عمارته فهو للفقراء، فاجتمعت الغلَّةُ) عند الناظر، (والمسجدُ)، أي: والحال أنه، (لا يحتاج إلى الغلَّة للعمارة، هل يُصرَف الفاضلُ إلى الفقراء؟ قال في جوابه: لا يُصرف إلى الفقراء، وإنْ)، وصلية، (اجتمع غلَّةٌ كثيرةٌ) تقُوم بالعمارة والفاضل؛ (لأنه يجوز أن يحدُث للمسجد حدَثٌ) يقتضي العمارة، (والدارُ)، أي: والحال أن الدار، (لا تُغِلُّ)، فتُبقَى الغلَّةُ لأجل ذلك.

(قال الفقيه أبو الليث: سُئل أبو جعفر عن هذه المسألة) التي سُئل عنها أبو بكر، (فأجاب هكذا) بما أجاب به أبو بكر، (ولكن) أنا لا أُجيب هكذا، (بل الاختيارُ عندي) التفصيلُ، وهو أنه إذا علم (أنه قد اجتمع من الغلَّة مقدارُ ما لو احتاج المسجدُ والدارُ إلى العمارة أمكَن العمارةُ منها)، أي: الغلَّة، (صرَف الزيادة على الفقراء على ما شرَط الواقفُ)، أي: لأجل شرطه، (انتهى بلفظه).

(فقد استفَدنا منه)، أي: من كلام أبي الليث، (أن الواقفَ إذا شرَط تقديمَ العمارة، ثم الفاضل[1] عنها للمُستحِقِّين ـ كما هو الواقعُ في أوقاف القاهرة ـ: فإنه يجب على الناظر إمساكُ قدرِ ما يحتاج إليه للعمارةُ في المستقبَل، وإن)، وصلية، (كان الآن لا يحتاج الوقفُ إلى العمارة، على القول المُختار للفقيه) أبي الليث من التفصيل، وهو **المُعتمَد المختار للفتوى**، كما في «المُضمَرات»[2].

(وعلى هذا)، أي: على ما اختاره الفقيه، (فيُفرَّق) في مسألتنا المُستفادة (بين اشتراط تقديمِ العمارة في كل سَنةٍ، و)بين (السُّكوتِ عنه)، أي: عن قيدِ كلِّ سَنة، بأن لم يذكُره، (فإنه مع السُّكوت عنه تُقدَّم العمارةُ عند الحاجة إليها) على الصرف للفقراء، (ولا يُدَّخر لها عند عدم الاحتياج إليها، ومع الاشتراط)، أي: اشتراط التقديم كلَّ سنة، (تُقدَّم عند الحاجة ويُدَّخر لها عند عدمها، ثم يُفرَّق الباقي بين) المستحِقِّين في الثانية، أو بين الفقراء كما في الأُولى؛ (لأن الواقفَ إنما جعل الفاضلَ عنها للفقراء. نعم[3]؛ إذا اشترط الواقفُ تقديمَها عند الحاجة إليها لا يُدَّخر لها)، أي: للعمارة، (عند الاستغناء عنها).

(وعلى هذا)، أي: ما قرَّرنا من الفرق بين الاشتراط وعدمه، وأن الواقع في أوقاف مصر أنهم يشترطون تقديمَ العمارة، (فيَدَّخِر الناظرُ حينئذ كلَّ سَنةٍ قدرًا

---

(١) أي: ثم صَرْفَ الفاضل.

(٢) عبارة «جامع المضمرات»، كتاب الوقف (٣/ ٣٣٠): «في «ملتقط الملخص»: وقف على مسجد ضيعة على أن ما فضل من العمارة فهو للفقراء، واجتمعت الغلة، والمسجد لا يحتاج إلى العمارة للحال، هل يصرف تلك الغلة إلى الفقراء؟ تكلموا فيه، والمختار للفتوى أنه لو اجتمع من الغلة ما لو احتاج المسجد أو الضيعة إلى العمارة يمكن العمارة منها: [أي: صرفت الغلة إليها]، وإن زادت: صرفت الزيادة إلى الفقراء».

(٣) كذا في (ع)، وفي (خ): (ثم).

للعمارة. ولا يقال: إنه لا حاجةَ إليه)، أي: للاشتراط؛ لأن العمارة تُقدَّم، سواء شرَطها أو لا، وأيضًا لا حاجة للادِّخار، فإن الموقوف في السَّنة الآتية له غلَّة، فيُؤخَذ من غلَّتِه ويُعمَّر الموقوف عليه؛ (لأنا نقول): فائدةُ الادِّخار لا لأجل الموقوفِ عليه فقط، بل قد تكون لغيره، كما (قد علَّله في «النوازل» بجواز أن يحدُث للمسجد حدَثٌ، والدارُ الموقوفة) عليه تصير (بحالٍ لا تُغِلُّ).

(وحاصلُه)، أي: هذا التعليل، (جوازُ خراب المسجد أو بعض الموقوف، والموقوفُ) الذي خرِب (لا غلَّةَ له، فيؤدِّي الصرفُ إلى الفقراء من غير ادِّخارٍ شيءٍ للتعمير إلى خرابِ العين المشروطِ تعميرُها أوَّلا)، فهو مخالفٌ للشرط باطلٌ.

[فائدة: وصيُّ الواقف ناظرٌ على أوقافه]

(وصيُّ الواقف ناظرٌ على أوقافه)، أي: لو أوصَى الواقفُ لرجل على ماله: يكون ناظرًا على وقفه، وقد تقدَّم أن النظر للواقف، ثم لوصيِّه، ثم للقاضي إن لم يشرطه لأحد، (كما هو متصرِّفٌ في أمواله)، أي: لأنه يتصرَّف بأمواله، ومن جملة أمواله الوقفُ، كما تقدَّم؛ قياسًا على التصرُّف في أمواله، فإنه يتصرَّف في وقفه كما يتصرَّف فيها.

(ولو جعل) الواقفُ (رجلا وصيًّا بعد جعل الأوَّل وصيًّا: كان الثاني وصيًّا، لا ناظرًا، كما في «العتابية» من) كتاب (الوقف)، ومثلُه في «تلخيص الكبرى».

(ولم يظهر لي وجهُه)، أي: وجه كون الثاني وصيًّا، لا ناظرًا؛ (فإن مقتضى ما قالوه في الوصايا) من أنه لو أوصَى لاثنين بعقدٍ واحد أو بعقدَين: فإنه يصح، (ويكونان وصيَّين حيث لم يعزِلْ) المُوصِي الوصيَّ الأوَّل، (فعلى هذا يكونان ناظِرَين)؛ لما علمتَ من أن وصيَّ الواقف ناظرٌ على وقفه، واحدًا أو متعدِّدًا، (فليُتأمَّل) في هذا

التناقُض الواقع بين ما في «العتابية» وما قالوه، (وليُراجَع غيرُه)، أي: «كتاب العتابي».

قال القاضي ابنُ جارِ الله المكيُّ: إن الأوَّل لما تعيَّن للنظر رعايةً لمصلحة الوقف لم تكُنْ الحاجةُ داعيةً إلى كون الثاني مشارِكًا له.

لكن في «الخصَّاف» ما يُخالفه، قال: «أرضي هذه صدقةٌ لله عز وجل، على وجوهٍ سمَّاها، على أن ولايتَها في حياته وبعد وفاته إلى فلان، قال: هذا جائزٌ. قلتُ: فإن أوصَى بعد ذلك إلى رجل فقال: فلانٌ وصيِّي، هل يكون لوصيِّه أن يتولَّى الوقفَ مع الرجل الذي جعل إليه ولايتَها؟ قال: نعم؛ يتولَّيان الوقف جميعًا»، انتهى. فهذا كما ترى نصٌّ في المسألة.

وفي «الخانية»: «جعَل لوقفه قيِّمًا، فلما حضرته الوفاةُ أوصَى إلى رجل، قال: لا يكون هذا الوصيُّ قيِّمًا على أوقافه»[١]، انتهى.

وهذا كما علمتَ مخالفٌ لما قبله. قال البيري: «ويتعيَّن حملُ هذا على اختلاف الرواية، والله أعلم»[٢].

[تتمة: فيما إذا وقعت كلمةُ «الفريضة الشرعية» في كلام الواقف]

تتِمَّة: أفتى العلامة يحيى المنقاريُّ، المفتي بدمشق الشام، بأن «الفريضة الشرعية» إذا وقعَتْ في كلام الواقف، ولم يقع بعدها «للذكَر مثلُ حظِّ الأُنثيَين»: يستوي الذكَرُ والأُنثى فيها، وألَّف في ذلك رسالةً سمَّاها «التُّحفةُ المرضِية بموجَب الفريضة الشرعية على مذهب الأئمَّة الحنفية».

وحاصلُها: واقفٌ وقَف على أولاده. ثم على أولادهم بالفريضة الشرعية، ومن

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٢٩٦).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٥٩٦).

مات منهم انتقل نصيبُه إلى ولده، ثم إلى ولدِ ولده بالفريضة الشرعية للذكَر مثلُ حظِّ الأُنثيَين، فإن لم يكُنْ: فإلى إِخْوته وأَخَواته، فإن لم يكُنْ: فإلى أقرب الطبقاتِ إليه، على ما شرح، فآل الأمرُ إلى أن ماتت امرأةٌ من أولاد الأولاد عن أولاد عمٍّ ثلاثةٍ: محمَّد وخاتون اخوان وفاطمة بنت عمٍّ، فهل تنتقل حصَّتُها إلى الثلاثة أو إلى محمد فقط، في حكم الفريضة الشرعية التي عوَّل عليها الواقفُ من أن ابنَ العمِّ لا تُشارِكه أختُه ولا بنتُ عمِّه؟

سُئل عن ذلك، فأجاب: الظاهر انتقالُ حصَّتها إلى الثلاثة؛ لعموم قوله: أقرب الطبقات. وأما قوله: بالفريضة الشرعية، فمعناها الوضعيُّ المقدرة لا مدلولَ لها غير ذلك، والتقديرُ من صفات الأنصاب، كما قال تعالى: ﴿نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧]، فلا دلالةَ للفظ الفريضة على منعٍ ولا تأخير. ولو حملنا الفريضة الشرعية على الأعمِّ الشامل لما ذُكر من تفضيل السهام: لم تُعطَ بنتُ العمِّ شيئًا؛ لأنها لا ميراثَ لها، ولا يقول به أحدٌ، فتعيَّن تخصيصُه بتفضيل السهام.

فقد تبيَّن أن لفظ «الفريضة الشرعية» مُجمَلٌ لا يقتضي تضعيفَ سهمِ الذكَر على الأُنثى ما لم ينُصَّ عليه الواقفُ بقوله: للذَّكَر مثلُ حظِّ الأُنثيَين، كما فسَّره بقوله: للذَّكَر مثلُ حظِّ الأُنثيَين، ولا يُعمَل بمجرَّد قوله: على الفريضة الشرعية، في إيجاب التفضيل ما لم تنضَمَّ إليه قرينةٌ تُبيِّن المرادَ من المجمَل؛ لأن المُجمَل لا يمكن العملُ به إلا ببيانٍ، وقد بيَّن في كلامه، فيُحمَل على التفضيل.

فقوله: على الفريضة الشرعية، تفسيرُ مرادٍ، لا دلالةٌ؛ لأن المفسَّر عينُ المفسِّر، ولفظ «الفريضة الشرعية» عند الإطلاق وعدم التقييد يحمَل على التسوية بين الأولاد في العطايا حالَ الصحة؛ إذ لو حُمِل على غير ذلك لزم حملُ المقيَّد الطارئ

عليه على التأكيد، لا على التأسيس، ولزم أن يكون قيد «الذكَرُ مثلُ حظِّ الأُنثيين» لبيان الواقع، لا للاحتراز؛ إذ **الأصلُ في القيود الاحتراز**[١].

ولذا قالوا: لو قال: أنتِ طالقٌ طالق طالق، ونوَى التأكيد: لا يُصدَّق قضاء، وليست الدلالةُ كالإرادة، كما قال تعالى: ﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ﴾ [العنكبوت: ٢٨]، فقوله: ﴿مَا سَبَقَكُم بِهَا﴾... إلخ، مُستأنَفة لتأكيد النكير، فإن الاستفهام للتوبيخ، وبَّخهم سبحانه بأنهم أوَّلُ من عمِلها، فأراد بالفاحشة فاحشةً خاصة، واللفظُ عامٌّ؛ ألا ترى أن النظم الكريم بيَّنها بقوله: ﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّن دُونِ النِّسَاءِ﴾ [الأعراف: ٨١].

وكذا مرادُهم بالفريضة مجرَّدُ تضعيف سهمِ الذكَر المفروض بالكتاب على الأُنثى، فالمراد الخاصُّ، واللفظُ عامٌّ؛ لشمول لفظِ «الفريضة الشرعية» أنواعًا كثيرة من السهام المقدَّرة بالنصف والثلُث وغيرهما المفروضة بالكتاب أو السنة أو الإجماع، ومن جملتها: للذَّكَر مثلُ حظِّ الأُنثيَين.

وقد فسَّر السرخسيُّ والنسَفيُّ الفريضةَ الشرعية بالسِّهام المقدَّرة من النصف أو الثلث ونحوهما الثابتِ بأحدِ الأدلَّة الأربعة.

والفريضةُ فَعيلةٌ من الفَرْض، وهو لغةً: التقدير، والقطع، والبيان، ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، قدَّرتم. وهو جنسٌ تحته أنواعٌ لا تُحصَى، والمرادُ غيرُ معلوم، فتحقَّق الإجمالُ في المقادير، واحتمَل التفضيلَ، واحتمل السِّهامَ المُقدَّرة، فاحتِيج إلى البيان، والسُّنةُ وردت مُبيِّنةً له بالعدل والإنصاف بين الأولاد، كما في حديث

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إذ الأصل في القيود الاحتراز، خلاف ما نسمعه في الكتب المعقولة ومن مشايخنا قديما، انتهى).

مسلم عن النعمان بن بشير: تصدَّق عليَّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي: لا أرضَى حتى يشهَد لي رسولُ الله ﷺ، فانطلق بي إليه ليُشهِده على صدَقتي، فقال: أفعلتَ هذا بأولادِك كلِّهم؟ قال: لا، قال: «اتَّقُوا اللهَ واعدِلُوا في أولادكم»، فرجع أبي، فردَّ تلك الصدقة[1]. ولا شكَّ أن السنة إذا بيَّنت مجملَ الكتاب التحقَتْ به، فتصلُح للفرضية حينئذ. ولذا قال أبو يوسف: العدلُ التسويةُ بين الأولاد، ذكَرِهم وأُنثاهم.

ومحمَّدٌ لما فسَّر العدلَ بالثلُث للأُنثى والثلُثَين للذكَر لم يوافِقْه أحدٌ على ذلك؛ لعدم صحة القياس على المواريث بقوله: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]... الآية. ولا ريبَ أن إيجاب الواقف يُحمَل على إيجاب الشارع.

وقد أفتى بالتسوية بينهما من الشافعية السبكيُّ، وأقرَّه القاضي زكريا، وكذلك العِزُّ بنُ عبد السلام، وقال: إن الوقف صدقة، فكما تجب التسويةُ في الصدقة تجب في الوقف، فهو داخلٌ تحت الصدقة في الحديث.

فالحاصل: أنه لو وقف على أولادِه الذُّكور والإناث على الفريضة الشرعية: فللذَّكَر مثلُ الأُنثى، ولا يَمنع من ذلك قولُه: الفريضة الشرعية؛ لأن المراد بها في الوقف التسويةُ بين الذكَر والأُنثى، وبذلك أفتى الشيخ سالم السنهوري من المالكية.

هذا مُحصَّل ما في الرسالة.

[استفتاء: عن شرط الواقفين النظرَ للأرشد فالأرشد من الذُّرِّية]

ووقع السؤالُ في دمشق عن أوقاف شرَط واقفُوها النظرَ للأرشد فالأرشد من الذُّرِّية، فشهِد جماعةٌ من المستحقِّين لزيدٍ بالأرشدية، وتولَّى زيدٌ النظرَ على

---

(١) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الإشهاد في الهبة، برقم (٢٥٨٧).

الأوقاف المزبورة، والآن قام رجلٌ من العلماء يدَّعِي الأرشدية، فهل إذا تساوَيا في الأرشديَّة بعد ثبوتها لهما يُقدَّم العالِمُ على غيره أو لا؟

فأفتى مفتي دمشق الحنفيُّ بما هو منقولٌ في «فتاوى العلامة الشيخ إسماعيل الحائك» مفتي دمشق الشام، بعَين هذا السؤال: نعم؛ إذا تساوَيا في الأَرشدية يُقدَّم العالمُ على غيره، قال الله تعالى: ﴿هَلْ يَسْتَوِى ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩]، انتهى. ووافَقه على ذلك المُفتي الشافعيُّ والمُفتي الحنبليُّ. ولا يَمنع من ذلك أفعلُ التفضيل؛ لأن «أفعل» ينتظِم ما فوق الواحد، كما صرَّح به القاضي البيضاويُّ في تفسير قوله: ﴿إِذِ ٱنۢبَعَثَ أَشْقَىٰهَا﴾ [الشمس: ١٢].

ولا يُنافيه ما أفتى به المفتي أبو السعود في رجلٍ شرَط في وقفه النظرَ للأرشد فالأرشد من ذُرِّيةِ عُتقائه، واستوى رجلان في الأرشدية، هل يستحِقَّان النظرَ ويكون المعلوم بينهما؟ أجاب: نعم؛ يستحِقَّانه ويشتركان في معلومه، فإن صيغة «الأفعل» ينتظم الواحدَ والمتعدِّد، انتهى.

وبذلك صرَّح العلائيُّ في شرحَيه على «الملتقى»[1] و«التنوير»[2]؛ لأن الاستواء إنما يكون فيما لم يترجَّحْ أحدُهما بمُرجِّح، وقد ترجَّح هنا بالعلم، ونصَّ الآيةُ على نفي الاستواء المطلَق بين العالم والجاهل، فيشمل صورةَ السؤال. وقد صرَّح بمثل ذلك المُناوي من الشافعية في «تيسير الوقوف»، قال: «استوى اثنان في أصل الأرشدية، وزاد أحدُهما في صلاح الدين أو المال، فهو الأرشد»[3].

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٦٠٤).

(٢) انظر: «الدر المختار شرح تنوير الأبصار»، كتاب الوقف (ص ٣٨٢).

(٣) «تيسير الوقوف»، الباب التاسع في النظر وشروطه، فصل في عدم جواز عزل الواقف للناظر لنفسه من الوقف (ص ١٤٦).

وفي «شرح الملتقى»: «إذا وقف على الأفضل واستويا فَضْلًا: فالأعلمُ بأمر الوقف مُقدَّم، ولو أحدُهما أعلمُ والآخَرُ أورعُ: قُدِّم الأعلمُ به لو أَمينًا»[١]، انتهى.

فليُحفَظْ؛ فإنه وقع الخبطُ من بعض المُفتين في الجواب على خلاف ما حُرِّر.

والله سبحانه أعلم، وبيده أزِمَّةُ التوفيق.

***

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف، فصل: إذا بنى مسجدا (٢/ ٦٠٤).

(كتاب البيوع)

مناسبتُه للوقف خروجُه من الملك، لكن في الوقف لا إلى مِلك، وفي البيع إلى مالك، فكان الوقفُ بمنزلة المفرَد، والبيعُ بمنزلة المركَّب.

[أنواع البيع]

وجمَعه لإرادة الأنواع، فإنها بالنظر إلى مطلق البيع أربعةٌ: نافِذٌ، وموقوفٌ، وفاسدٌ، وباطل، وبالنظر إلى المبيع أربعةٌ: مُقايَضة، وصَرْف، وسلَم، وبيعٌ مطلق، وبالنظر إلى الثمن أربعة: مُرابَحة، وتَوْلية، ووَضِيعة، ومُساوَمة.

[تعريف البيع لغةً وشرعًا]

والبيع لغةً: تمليكُ شيءٍ بشيء مالا أو غيرَه. «وهو من الأضداد، كالشِّراء. ويُطلَق على المبيع، فيقال: بيعٌ جيِّد. ويُجمَع على بيوع»، كذا في «المصباح»[1]. «وظاهرُه إنما يُجمَع إذا كان بمعنى المبيع، ويتعدَّى لاثنين بنفسه، وتدخُل «من» على الأوَّل تأكيدًا، وربما تدخُل اللامُ الزائدة على الثاني، كـ: بعتُه لك»، كما في «المغرِب»[2].

وفي «الرضي»: إنه من حمل النقيض على النقيض؛ لأن الشراء يتعدى بـ«من».

---

(١) «المصباح المنير في غريب الشرح الكبير»، كتاب الباء، الباء مع الياء، (ب ي ع)، (١/ ٦٩).

(٢) انظر: «المغرب في ترتيب المعرب»، باب الباء، الباء مع الياء، (ب ي ع)، (ص ٥٦).

وفـي الحديث: «لا يبتـاع الرجل على بيع أخيـه»[١]، أي: لا يشـتري؛ لأن النهي للمشتري، لا للبائع.

وهو حقيقةٌ في وصف الأعيان، يقال: بيعٌ خاسر، يطلق على العقد مجازًا؛ لأنه سبب التملك والتمليك، يقال: صحَّ البيع وبطل، أي: صيغتُه.

وشرعًا: تمليكُ مالٍ بمال. وفي «الإيضاح»: «هو عقدٌ يتضمَّن مبادلةَ مالٍ بمال؛ لأن تلك المُبادلة توجَد بدون البيع، كما إذا فُقِد المِلك في أحد الطرفَين»[٢].

والمراد بالمال: ما يجري فيه التنافُس والابتذالُ، فيخرج الحبَّةُ من الشعير وشَربةُ الماء، كما تخرج الميتةُ والدم. وفي «الكشف»: «ما يَميل إله الطبعُ ويُمكن ادِّخارُه لوقت الحاجة»[٣].

وتثبُت الماليةُ بالتموُّل، أي: بادِّخار كل الناس أو بعضِهم، أو بتقويم البعض. **والتقويمُ يثبت بها وبإباحةِ الانتفاع به شرعًا**، فما يكون مباحَ الانتفاع بدون تموُّلٍ ليس بمالٍ، وما لا يكون مالا بين الناس ولا يُباح الانتفاعُ به: لا يكون متقوِّمًا، كالخمر. وإذا عُدِم الأمران لم يثبُت واحدٌ منهما، كالدم والميتة.

ويطلق المالُ كالمالية على القيمة، وهو[٤]: ما يدخُل تحت تقويم مُقوِّم من الدارهم والدنانير، وصرَّحوا بأنه لا ينعقِد البيعُ بأقلَّ من فَلْسٍ، وعلى الثمن، وهو: ما يلزم بالبيع وإن لم يُقوَّم به.

---

(١) رواه بهذا اللفظ الإمام أحمد في «مسنده» من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، برقم (٨١٠٠).

(٢) «الإيضاح في شرح الإصلاح»، بداية كتاب البيع (٢/ ١٠٠).

(٣) «كشف الأسرار شرح البزدوي»، باب النهي، النهي المطلق عن التصرفات الشرعية (١/ ٢٦٨).

(٤) كذا في النسخ، ولعل الصواب: (وهي)، أي: القيمة.

وأفاد تعريفُ المال بالعَين أن **المنفعة ليست بمالٍ**.

وهذا كله في غير الغصب، أما فيه فيحرُم غصبُ حبَّةٍ من حنطة، ويكفُر مُستحِلُّه[١]، وإن لم يُعَدَّ في البيع مالا، وكذا يحرُم غصبُ كلِّ ما يُقتنَى، كسِرْقينٍ وجِلدِ ميتةٍ قابلٍ للدَّبْغ، ويجب ردُّه، كما صرَّح به الشافعية، وقواعدُنا لا تأباه.

ومما يجب معرفتُه بيان شرائطه، ورُكنه، وسبب مشروعيته، وحكمه، وأقسامه.

[شرائط البيع]

ففي «الفتح»: «شُرِط في المباشر التمييزُ، والوِلايةُ الشرعيةُ الكائنة عن مِلك أو وصيةٍ أو قَرابة أو غيرِ ذلك، فيصح بيعُ صبيٍّ ومعتوهٍ يعقِلان البيعَ موقوفًا على إجازة وليِّه أو وصيِّه أو نفسِه بعد البلوغ»[٢]، والتعدُّدُ، فلم ينعقِد بالوكيل من الجانبَين إلا في الأبِ والقاضي والوصيِّ وعبدٍ يشتري نفسَه من مولاه بأمره، وسَماعُ كلٍّ منهما كلامَ الآخر، فلو ادَّعى أحدُهما عدمَه مع سَماع أهلِ المجلس: لا يصدَّق حيث لا وقْر.

وشُرط في العقد موافقةُ الإيجاب للقبول، وكونُهما في مجلسٍ حقيقةً أو حكمًا، وبلفظ الماضي حقيقةً أو حكما، كما يأتي.

وشُرط في صحة القبول حياةُ الموجِب، وكونُه قبل رجوع الموجِب، وقبل تغيُّر المبيع، وقبل ردِّ المخاطَب الإيجاب.

وشُرط في صحة الإيجاب أن لا يُقرَن بما يُبطِله، فلو وهبه الثمنَ قبل القبول بطَل.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ويكفر مستحله. فيه نظر؛ لأنه ليس حراما لعينه، فتنبه).

(٢) «فتح القدير»، كتاب البيوع (٦/ ٢٤٨).

وشرط في المبيع كونه مالا متقوِّمًا شرعًا، مقدورَ التسليم في الحال أو في ثاني الحال، فدخل السلَم. زاد في «البحر»: «وأن يكون مملوكًا في نفسه موجودًا»[1]؛ ليخرج بيعُ الكلأ ولو في أرضه، وبيعُ المعدوم.

[ركن البيع]

ورُكنه: الفعلُ المتعلِّق بالبدلَين من المخاطِبَين أو من يقوم مقامَهما، الدالُّ على الرِّضى بتبادُل المِلكَين فيهما، وقد يكون الفعلُ غيرَ قولٍ، كالتعاطي.

[سبب مشروعيَّة البيع]

وأما سببُ مشروعِيَّته، فتعلُّق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجهٍ جميل.

وشرعيتُه بالكتاب والحديث.

[حكم البيع]

وحكمُه: إفادةُ الملك، وهو القدرةُ على التصرُّف في المحلِّ شرعا.

وأقسامُه تقدَّمت.

ويلزم بإيجابٍ وقُبول، وبالتعاطي في النفيس والخسيس، هو **الصحيح**.

وتمام ذلك في محلِّه.

[أحكام الحَمْل]

(أحكام الحمل) من حيث تبَعِيَّته لأُمِّه وعدمُها، ومن حيث انفرادُه بحكمٍ وعدمُه.

والحمل: هو الجنينُ ما دام في بطنِ أُمِّه من آدميٍّ أو حيوان.

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع (٥/ ٢٧٩).

والقوم ذكروا بعضًا من أحكامه في العتق، وبعضًا منها مفرَّقًا في أبوابه، ونحن (ذكرناها)، أي: أحكامَه، (هنا) في البيوع؛ (لمناسبة البيع) المُطلَق، لا المقيَّد بخيار شرطٍ ونحوه.

[منها: أنه لا يجوز بيعُه استقلالا]

من أحكامه: (أنه لا يجوز بيعُه) استقلالا؛ لأنه بيعُ معدومٍ، كما في «البحر»[١].

وفي «الدرر»: «إنه فاسد، بخلاف بيع النَّتاج، فإنه باطلٌ». قال: «والفرقُ: أن الأوَّل مقطوعٌ بعدمه، بخلاف الثاني، فإنه مشكوك»[٢]، فتأمل.

[منها: أنه تابعٌ لأُمِّه في مسائلَ]

(هو)، أي: الحمل، (تابعٌ لأمه في أحكام العتق) مطلقًا، فلو أعتق أمَّه: عتَق. ثم إن وقع العتقُ عليه قصدًا، بأن ولدَتْ لأقلَّ من نصف حولٍ: يعتِق، ولا ينتقل ولاؤُه إلى موالي أبيه أبدًا، وإن وقع بمُجرَّد تبعيَّةِ أُمِّه، بأن ولدت لأكثرَ: يعتِق أيضًا، لكن إذا عتق الأبُ بعده: ينتقل ولاءُ ابنِه إلى مواليه.

(و)تابعٌ لأمه (في) أحكام (التدبير المطلق)، بأن دبَّرها حاملا تدبيرًا مطلقًا، لا المقيَّدِ، فإنه لا يتبعها، كما في «الظهيرية» وغيرها. ولهذا لو زوَّج مُدبَّرتَه من رجل: يكون الولدُ في حكم أمِّه. فلو قال: إن متُّ من مرضي هذا، أو من سفري فأنتِ حُرَّة، فمات المولى على الصفة المعلَّق عليها: تعتِق الأمُّ؛ لوجود الشرط، ولا يعتِق الولد[٣]؛ لأن السبب لا ينعقِد للحال للتردُّد في تلك الصفة.

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع (٥/ ٢٧٩).

(٢) انظر: «درر الحكام»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٧٠).

(٣) في هامش (خ): (أي: إذا وجد الشرط بعد الولادة، وأما قبلها فيتبعها في الحرية العارضة).

(و)تابعٌ لأُمِّه (في) أحكام (الاستيلاد)، فلو زوَّج أمَّ ولدٍ، فحملَتْ: تبِعَها ولدُها حتى يعتِق بموت المولى كأُمِّه من كلِّ التركة. قال في «الدر المنتقى»: «وينبغي أن يُقيَّد هذا بما إذا لم يشترط الزوجُ[١] حُرِّيَّةَ الولد، كما قدَّمناه في نكاح الرقيق»[٢].

(و)تابعٌ لها (في) أحكام (الكتابة)، بأن كاتب أمةً حاملا، فجاءت بولد لأقلَّ من ستة أشهُر من وقت الكتابة: دخل الولدُ في كتابتها.

(و)تابعٌ لها (في) أحكام (الحُرِّية الأصليَّة)، بأن تزوَّج عبدٌ حُرَّةً أصليَّة، فحملت منه. وأما الطارئةُ، فقد مرَّت. وحاصله: «إن جاءت به لأقلَّ من ستَّة أشهُر: عتَق مقصودًا، وإن لأكثَرَ: عتَق تبَعًا. وفائدته: أن ولاءَه في الأوَّل لا يَنجرُّ، بخلاف الثاني. ولو قال المولى في الطارئة: ولدتِّه قبلَ العتق، وقالت: بعده، حُكِّم الحالُ، إنْ كان الولدُ في يده: فالقولُ له، وإن في يدها أو أيديهما: فالقولُ لها، ولو برهَنا: فبيِّنتُها أَولى. ولو كان مكان العتق تدبيرٌ: فالقولُ للمولى بيمينه، والبيِّنةُ بيِّنتُها»، كما في «الدر المنتقى»[٣].

(و)تابعٌ لها (في) أحكام (الرِّقِّ، والمِلك بسائر أسبابه)، «فإن كانت الأمُّ مِلكًا: فالحملُ ملكٌ، وإن رِقًا بلا ملكٍ: فرِقٌّ. فيُوجد الرقُّ من غير ملكٍ كعكسِه. فالأوَّلُ: كالكفار بدار الحرب، فإنهم أرِقَّاءُ لا ملكَ لأحد عليهم. والثاني: في البهائم والعُروض؛ لأن الرِّقَّ عجزٌ شرعيٌّ لأثر الكفر، والمِلكُ اتصالٌ شرعيٌّ بين المملوك والمالك، مُبيحٌ لتصرُّفه فيه، مانعٌ عن تصرُّف غيره، كما في «القهستاني»[٤]. وذكر

---

(١) أي: على المولى.

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الإعتاق (٢/ ٢٢٠).

(٣) «الدر المنتقى» (٢/ ٢٢٠).

(٤) انظر: «جامع الرموز»، كتاب العتاق (١/ ٦٢١).

غيرُه أن الرِّقَّ هو الذُّلُّ الذي ركَّبه الله على عباده جزاءَ استنكافِهم عن طاعته.

وهل هو حقُّ الله عقوبةً للكفر أو حقُّ العبد؟ فيه خلافٌ. فإذا أُخذ الأسيرُ، فقبلَ خروجِه إلى دار الإسلام يُوصَف بالرِّقِّ، لا المِلك، حتى يخرُج، وبذلك تغايَرا مفهومًا. فإذا أُخذت المرأةُ ومعها ولدٌ: يتبعُها في الرِّقِّ، وبعد الخروج إلى دار الإسلام يتبعها في الملك»، كما في «الدر المنتقى»[1].

(وحقُّ المالك القديم يَسرِي إليه)، أي: إلى الحمل، يعني: أنه يتبَع أمَّه في حقِّ المالك القديم.

(و)تابعٌ لها (في حقِّ الاسترداد في البيع الفاسد).

(و)تابعٌ لها (في الدَّين، فيُباع مع أُمِّه) فيه، ولا يباع للجناية، فلو جنَتْ الأمُّ جنايةً: لم يُدفَع معها لجنايتها. والفرقُ: تعلُّقُ الدَّين برقَبتها، والدفعُ للجناية واجبٌ على المولى، لا على ذمَّتها، والسِّراية في الأوصاف الشرعية، لا الأوصاف الحقيقية.

(و)تابعٌ لها (في حقِّ الأُضحية)، كما لو ولدت شاةُ الأضحية ولدًا: كان عليه ذبحُه، ولا يتركه ليُضحَّى به في السنة القابلة. نعم؛ إذا كانت قيمتُه درهمَين، فتصدَّق بهما بعد مُضِيِّ النحر من السَّنة الأُولى، وكبُر الولد في العام القابل، وصارت قيمتُه عشرين، وضحَّى به عن القابل: جاز؛ لأنه لما تصدَّق بقيمته فقد أدَّى ما وجب عليه.

(و)تابعٌ لها (في الرهن)، فإذا ولدت المرهونةُ، وكانت حاملا وقت الرهن: تبِعها فيه، فكان رهنًا معها.

(فهي)، أي، المسائلُ التي يتبع الحملُ فيها أُمَّه، (اثنتا عشرة مسألةً). وما ذكرناه من هذه المسائل (ما زاد منها على ما في المتون)، وهي من قوله: وحقُّ

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الإعتاق (٢/ ٢٢٠).

المالـك القديـم... إلى آخرها، منقولـةٌ (من «جامـع الفصولَين»[١]).

(ويتبَعها في الرَّهن، فإذا ولدَتْ المرهونةُ: كان حملُها رهنًا معها)، وأعادَه لقوله: (بخلاف المُستأجَرة، والكفيلة، والمُوصَى بخدمتها، فإنه لا يتبَعها، كما هو مذكور في الرهن من «الزيلعي»). قال فيه: «ونَماء الرهن، كالولد، والثمَرة، واللَّبَن، والصُّوف، للراهن؛ لأنه مُتولَّد من ملكه، وهو رهنٌ مع الأصل؛ لأنه تبعٌ له، والرهنُ حقٌّ متأكَّد لازمٌ يَسري إلى الولد؛ ألا ترى أن الراهنَ لا يملك إبطالَه، بخلاف الجارية الجانية، حيث لا يسري حكمُ الجناية إلى الولد، فلا يتبع أُمَّه فيه؛ لأن الحقَّ فيه غير متأكَّد، حتى ينفرِد المالكُ بإبطاله بالفداء، وبخلاف ولد المُستأجَرة، والكفيلةِ، والمغصوبة، وولدِ المُوصَى بخدمتها؛ لأن المستأجِر حقُّه في المنفعة دون العين، وفي الكفالة الحقُّ يثبُت في الذمَّة، والولدُ لا يتولَّد من الذمة، وفي الغصب السببُ إثباتُ اليدِ المُبطِلة بإزالة اليد المحِقَّة، وهو معدومٌ في الولد، ولا يمكن إثباتُه فيه تبعًا؛ لأنه فعلٌ حِسِّيٌّ، والتبَعيةُ تجري في الأوصاف الشرعية، وفي الجارية الموصَى بخدمتها المستحِقُّ له الخدمة، وهي منفعةٌ، والولد غيرُ صالح لها قبل الانفصال، فلا يكون تبعًا لها»[٢]، انتهى. وقوله: قبل الانفصال، لكمال التعليل، لا لنفي ذلك بعده؛ لأنه كذلك أيضًا لانعقاده غير موجِب، فلا ينعقد موجبًا.

[مسألة: باع جاريةً وحملها، أو مع حملها، أو بحملها]

(ولم أرَ الآن حكمَ ما إذا باع جاريةً وحملَها، أو مع حملِها، أو بحملِها، أو دابَّةً كذلك)، يعني: هل يفسُد البيعُ من غير فرقٍ بين هذه الألفاظ أو لا؟ ويمكن

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، بداية الفصل الحادي والعشرين فيما يسري إلى الولد من الحق والأرش وما لا يسري (١/ ١٩٥ ـ ١٩٦).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الرهن، فصل: رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة (٦/ ٩٤).

أن يُخرَّج على مسألة الاستثناء، فإنهم قالوا: إذا باع جاريةً إلا حملها: فالبيع فاسدٌ، (فإن علَّلنا قولَهم بفساد البيع فيما لو باع جاريةً إلا حملَها بكونه)، أي: الحمل، (مجهولا استثناه من معلوم)؛ لظهور أنه عند اختلاط المعلوم بالمجهول: (يصير الكلُّ مجهولا)، **وبيعُ المجهول فاسدٌ**، فهذا فاسد، فكذا (هنا نقول بفساد البيع؛ لكونه جمعًا بين معلوم ومجهول)، وكلُّ ما كان كذلك فهو مُفسِد، (لكن لم أرَه) منقولا. ويُفهَم من قوله: فإن علَّلنا... إلخ، أن هناك تعليلا آخر، وهو أن الحمل مما لا يصح إفرادُه بالعقد، **وكل ما لا يصحُّ إفرادُه بالعقد لا يصحُّ استثناؤه**؛ لأنه كالشرط الفاسد الذي لا يقتضيه العقدُ، وهو مُفسِد للبيع، وهذا التعليل لا يتأَتَّى هنا.

وفي «شرح المجمع الملكي»: «إن استثناء الحمل في العقود على أوجُهٍ ثلاثة:

الأوَّل: ما يُفسِد العقدَ والاستثناء، كالبيع، والإجارة، والكتابة، والرهن؛ لأن هذه العقود يُبطلها الشرطُ الفاسد، غير أن المُفسِد في الكتابة ما يتمكَّن في صُلْب العقد من الشروط، أي: ما يقوم به العقدُ، حتى لو كاتَبه بشرطِ أن لا يخرج من البلد: لا تفسد، وله أن يخرُج؛ لأن الكتابة تُشبِه البيعَ من حيث إن العبد مالٌ في حقِّ المولى، وتُشبِه النكاحَ من حيث إنه ليس بمالٍ في حقِّ نفسه، فعمِلنا بالشَّبَهَين.

الثاني: ما يُبطل الاستثناءَ دون العقد، كالهبة، والصدقة، والنكاح، والخُلع، والصُّلح عن دم العمد، فلا يبطُل العقدُ ويبطُل الاستثناءُ، ويكون الحملُ تابعًا للأُمِّ في هذه العقود، وكذا يتبعها في العِتق، حتى لو أعتقها واستثنى ما في بطنها: صحَّ العتقُ، وبطل الاستثناءُ، فتعتِق وحملَها.

الثالث: يجوز العقدُ والاستثناءُ، وهو الوصية، فلو أوصَى بجاريةٍ إلا حملَها، أو

أوصى بجارية وبحملِها لآخَر: صحَّ كلٌّ منهما؛ لأن الوصية أختُ الميراث، والميراث يجري فيما في البطن، فكذا الوصية»[١]، انتهى.

«ولو اشترى جاريةً، واشترى آخَرُ ما في بطنها، فأجاز الآخَرُ البيعَ: صحَّ، ولا يكون لصاحب الولد شيءٌ من الثمن؛ لأن الجنين ليس بمالٍ متقوِّم، فلم يكن له حصةٌ من الثمن، وإن لم يُجِزْ الآخَرُ البيعَ: لا يجوز؛ لأن الولد صار كالمستثنى، ولو استثنى ما لا يجوز إفرادُه بالبيع: لا يجوز البيع. ولو ولدت ثم أجاز، فإن ولدت بعد القبض: لا حصةَ له من الثمن، وإن ولدت قبله: له حصةٌ من الثمن»، «بيري»[٢].

واعلم أنه لو أعتق الحملَ وحده: صحَّ، ولا تعتِق أمُّه بإعتاقه؛ لئلا يلزَم قلبُ الموضوع.

[مسألة: لا يجوز بيعُ الأُمِّ بعد عتق الحمل]

والتدبيرُ كالتحرير، إلا أن بينهما فرقًا ذكره بقوله: **(وفي «فتح القدير»: بعد ما أعتق الحملَ لا يجوز بيعُ الأُمِّ)**؛ لأنه كاستثناءِ ما في بطنها، **(ويجوز هبتُها**[٣]**)**؛ لأن الجنين غيرُ مملوك، واشتغالُ بطنها به لا يُوجب الفساد، كما إذا وهب أرضًا وفيها أَبنية.

---

(١) انظر: «شرح مجمع البحرين»، كتاب البيوع، فصل في البيع الفاسد والباطل، بيع الجارية واستثناء حملها (٤/ ٣٨٨ ـ ٣٨٩).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٨ ـ ٩).

(٣) «فتح القدير»، كتاب العتاق، فصل: ومن ملك ذا رحم محرم (٤/ ٤٥٤). قال: «والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا، فكذا حكما، بخلاف الهبة».

[مسألة: لا يجوز هبةُ الأُمِّ بعد تدبير الحمل]

(ولا يجوز هبتُها بعد تدبيرِ الحمل على الأصحِّ، كذا في «المبسوط»[(١)])؛ «لأن ملكَه فيه باقٍ، ولا يمكن إدخالُه في الهبة؛ لأن المُدبَّر لا يقبل النقلَ من ملكٍ إلى ملك، فلا تصح الهبةُ في الأُمِّ بدونه؛ لأنها مشغولةٌ به، فصار نظيرَ هبة النخلِ بدون الثمر، والجوالقِ بدون الدقيق من حيث إن كلًّا منهما يمنع القبض»[(٢)]، انتهى.

وهل يجوز رهنُها والتزوُّج على رقبتها بعد ما أعتق الحملَ؟ نعم في الأوَّل، وفي الثاني عن «الأجناس»: نعم، وعن «وجيز الرضوي»: لا، كما في «البيري»[(٣)].

[مسألة: حملت أمَةٌ كافرةٌ لكافر من كافر، فأسلم زوجُها]

(ولم أرَ الآن حكمَ ما إذا حمَلت أمةٌ كافرةٌ لكافرٍ[(٤)] من كافرٍ، فأسلَم زوجُها الكافرُ[(٥)]، هل يُؤمَر مالكُها ببيعها لصيرورة الحمل مُسلِمًا بإسلامِ أبيه[(٦)]، والحال أن سيِّدَه كافرٌ، أو لا)؟

نقل البيري عن «كفاية المجيب» أن: «حكم الإسلام لا يثبُت للحمل؛ إذ لو ثبت: لزم أن يُصلَّى عليه إذا انفصَل ميِّتًا، كما لو مات بعد الانفصال. وفي «البدائع»: «لا يعرف وجودُ الإيمان والكفر للحمل حقيقةً وحكمًا. أما حقيقة، فلا شكَّ في

---

(١) «المبسوط»، كتاب العتق، باب تدبير ما في البطن (٧/ ١٩٣).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٩).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٩).

(٤) أي: لسيِّد كافر.

(٥) في (ع): (فأسلمت).

(٦) في (ع): (أمه).

انتفائهما؛ لعدم تحقُّقهما منه. وأما حكما؛ لأن ذلك بواسطة الحياة، ولم تُعرَف»[١]، انتهى. فلا يؤمَر ببيعها.

وفي «البيري» عن «كفاية المجيب»: «لو ارتدَّتْ المرأةُ وهي حامل، ولحِقتْ بدار الحرب، وسُبِيتْ وهي حامل: فالولد فَيءٌ كهي؛ لأن السَّبْي لحِقَه، وهو في حكم جُزءِ الأم، ولا يبطُل بالانفصال»[٢]، انتهى.

[حكمُ الإجارة للحمل والوقفِ عليه]

(ولم أرَ[٣] الآن حكمَ الإجارة له، وينبغي الصحَّة؛ لأنها)، أي: الإجارة، (تجوز للمعدوم[٤]، فالحملُ أَولى) بالجواز.

وفيه: أنه لا قائلَ بجواز الإجارة للمعدوم، بل «نصَّ الطحاويُّ في «شرح الجصَّاص» على أنه لا يجوز ورودُ غير الوصية من العُقود على ما في البطن.

وفي «القنية»: «إمكانُ الانتفاع ليس بشرط في البيع، وفي الإجارة شرطٌ، حتى جاز بيعُ الطفل والأرضِ السَّبِخة، ولا تجوز إجارتُهما»، انتهى.

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٠)، و«بدائع الصنائع»، كتاب الجنايات، فصل في الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه (٧/ ٣٢٦).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٠).

(٣) من قوله: (ولم أر)، إلى قول الشارح الآتي: (كما ذكره الزيلعي)، مذكور مؤخرا في نسخ «التحقيق الباهر»، بين قول الشارح الآتي: (لغا الإقرار، انتهى) وقول الماتن: (ويثبت نسبه). ويشكل ذكره هناك لأمرين: أولا: أنه مذكور في هذا الموضع في نُسَخ «الأشباه» المطبوعة، ونسخة «غمز العيون» ونسخة «عمدة ذوي البصائر»، وثانيًا: قول الشارح الآتي: «وهنا تمَّتْ أحكامُ التبعية وعدمِها. بقي أحكام الانفراد»، تقتضي أن تذكر هذه المسائل في هذا الموضع، لا ضمن مسائل الانفراد. والله أعلم.

(٤) قوله: (للمعدوم). قال البيري (٢/ ١١): «هكذا في غالب النسخ، والذي نقله الشيخ علي الطوري: لأنها تجوز على المعدوم، انتهى، أقول: وهو الصواب».

وفي «البدائع»: «لا يصحُّ الصلحُ على الحمل؛ لأن الصُّلح من باب تنفيذ الولاية، وهي في الحمل لا يوصَف بكونه مولًى عليه»[(١)]. فأفاد عدمَ جواز الإجارة لعدم الولاية عليه»، كذا في «البيري»[(٢)].

ولذا حمَل السيِّد الحمَويُّ الإجازة بالزاي، أي: إجازةَ الحديث وروايتَه[(٣)]، فتأمَّل.

(وينبغي أن يصحَّ الوقفُ عليه)، أي: على الحمل، (كالوصية، بل أَولى)؛ لأن الوصية تصحُّ بالمعدوم.

[فائدة: تبعيَّةُ الجنين لأُمِّه يستوي فيه بني آدم والحيوانات]

(ولا فرقَ في كون الجنين تبعًا لأُمِّه) في الأحكام المتقدمة (بين بني آدم والحيوانات، فالولد منها لصاحب الأُنثى، لا لصاحب الذَّكَر)، أي: فيتبع أمَّه في الملك، لا أباه، (كذا في كراهية «البزازية»[(٤)]). وقد تقدَّم في اللُّقَطة أنه إذا كان له بُرجُ حمَامٍ، ففرخ به حمامٌ غريب: فالفرخُ لصاحب الأُنثى؛ لأنه تبعُ ملكِه، انتهى.

«وإذا توالَد بين وَحشِيٍّ وأهليٍّ، أو بين مأكولٍ وغيرِ مأكول: فالعبرةُ للأم»، كما ذكره الزَّيلعي[(٥)].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الصلح، فصل في شرائط ركن الصلح (٦/ ٤١).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١١).

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٦٣).

(٤) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الرابع في الهدية والميراث (٦/ ٣٦٣).

(٥) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الإعتاق (٣/ ٧٢).

[مسائل لا يتبَع فيها الجنينُ أمَّه]

ومن أحكام الحمل الذي لا يتبع أمَّه فيها: أنه لا يتذكَّى الجنينُ بذكاة أُمِّه، فلا يتبعها فيها، فلا يحِلُّ بذكاتها، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: إذا تمَّ خلقُه: حلَّ أكلُه بذكاتها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ذكاةُ الجنين ذكاةُ أمِّه»(١).

قال في «العناية»: «وهذا لا يصلُح للاستدلال؛ لأنه رُوي مرفوعًا ومنصوبًا، فإن كان منصوبا: فلا إشكال أنه تشبيهٌ، وإن كان مرفوعًا: فكذلك؛ لأنه أقوى في التشبيه من الأوَّل. قيل: ومما يدلُّ عليه تقديمُ قوله: ذكاةُ الجنين»(٢)، انتهى.

(ولا يتبع الجنينُ أُمَّه في الجناية)، كما مر، (فلا يُدفَع معها إلى وليِّها)، كذا في «المحيط». وهي مسألة «الجامع». وذكر الحاكمُ الشهيد أن حكم الجناية يَسري من الأُمِّ إلى الولد. **والضابط: أن الحقَّ في العين إن كان مُستقِرًّا: يَسري إلى الولد والأرش**، كما في البيع الفاسد، **وإن كان غيرَ مستقرٍّ: لا يَسري إلى الولد والأرش**، كما في الهبة، **وإن كان مُستقرًّا من وجه دون وجه: فإنه يسري إلى الولد دون الأرش**، كما في حقِّ المالك القديم.

(وكذا الحملُ لا يتبعها)، أي: الأُمَّ، (في حقِّ الرُّجوع في الهبة). قيل عليه: كيف يتخلَّف الجنين عن أُمِّه مع كونه جُزءًا منها أو في حكمه؟ وأُجيب بأن معنى عدم التبعية تظهر بالنسبة لما إذا وَضعَتْ بعد أن رجع الواهِبُ في أمِّه، حيث يكون للموهوب له استردادُه لكونه حدَث في مِلكه. هكذا ينبغي أن يُفهَم، بأن كانت الأُمُّ غيرَ حاملٍ وقتَ الهبة، فحدث الحملُ في ملك الموهوب له؛ إذ حدوثُ هذه الزيادة

---

(١) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب الأضاحي، باب ما جاء في أكل اللحم لا يدرى أذكر اسم الله عليه أم لا، برقم (٢٨٢٨).

(٢) «العناية»، كتاب الوكالة، باب الوكالة في البيع والشراء، فصل في الوكالة في الشراء (٨/ ٦١).

غيرُ مانعةٍ من الرجوع؛ للتصريح بأن **الزيادة المنفصِلة لا تمنع من الرجوع**، كالولد، حتى لو لم يكن كذلك، بأن كانت الأمُّ حاملا وقتَ الهبة، ثم رجع: فإنه يتبعها في الرجوع؛ لعدم حدوث الزيادة، كذا قاله شيخُنا[1].

(**وكذا لا يتبعها في حقِّ الفقراء في الزكاة**) حالَ كونها كائنةً (**في السائمة**). نعم؛ إذا كانت الأُمَّهاتُ دون النصاب: يُكمَّل النصابُ بضمِّ الفُصلان إليها، ولا يخفَى أن التكميل لا يستلزم التبعية.

(**ولا**) يتبعها (**في وجوب القِصاص على الأُمِّ، ولا**) يتبعها (**في وجوب الحدِّ عليها، فلا تُقتَل**) إذا ثبت عليها القصاصُ حتى تلِدَ، (**و**)إذا ثبت عليها الحدُّ: (**لا تُحَدُّ إلا بعد وَضْعها**) وتخرُج من نِفاسها، سواء كان ساعةً أو أكثر؛ لأنها مريضة.

وفي «الملتقى» و«شرحه»: «وإذا ثبت عليها الزنا بالبيِّنة: تُحبَس حتى تلد، وترجَم إذا وضَعتْ إن كان له مُرَبٍّ[2]، ولا تُجلَد ما لم تخرُج من نفاسها، وإن لم يكن للمولود من يُربِّيه: لا تُرجَم حتى يستغنِيَ عنها»[3]، انتهى.

إذا علمتَ ذلك: (**فلا يتبعها في ستِّ مسائل**)، وهي المذكورة، (**وكذا لا يتبعها في الكفالة والإجارة**). قال البيري: «شمَل إطلاقُه الإجارةَ ما إذا تكارى ناقةً ليحمِلَ عليها امرأةً، فحمِلها وولدَها من غير إذنِ صاحبها، فعطِبتْ: ضمِن بحساب ما زاد عليها؛ لأن تبعية الولد لأُمِّه بالنسبة لما إذا كان قبلَ انفصاله؛ إذ هو بعد الانفصال مقصودٌ، فلا يدخُل تحت الإجارة»[4]، انتهى.

---

(١) «عمدة الناظر» (ل/ ١٥٧/ ب).

(٢) في النسخ: (مربي)، ولعل الصواب ما أثبت.

(٣) انظر: «ملتقى الأبحر» بشرحيه، كتاب الحدود (٢/ ٣٤٣).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١١).

(وكذا) لا يتبعها (في الإيصاء بخدمتها)، فلو أوصَى بخدمتها: لا يدخُل الحمل.

(فهي)، أي: المسائل التي لا يتبعها فيها، (تِسعٌ).

وقد يُزاد عاشرة، قال في «خزانة الأكمل»: «لو قال لجارية: إذا ملَكتُكِ فأنتِ حُرَّة، فولَدتْ، ثم اشتراها: عتَقتْ دون الولد، وكذا في التدبير»[(١)]، انتهى.

زاد في «البحر»: «ولا يتبعها في النسَب، حتى لو نكح هاشِميٌّ أمَةً: فولدُها هاشِميٌّ كأبيه، رقيقٌ كأُمِّه»[(٢)].

وهنا تمَّتْ أحكامُ التبعية وعدمِها. بقي أحكامُ الانفراد، فقال:

[فائدة: لا يُفرَد الحملُ بحُكم، إلا في إحدى عشرة مسألة]

(ولا يُفرَد) الحمل (بحكمٍ ما دام متَّصِلا، فلا يُباع ولا يُوهَب)، «وإن أذِن له بالقبض بعد الانفصال، أو قال: إن ولدَتْ فولدُها مِلكُك أو هبةٌ لكَ، فاقبَضْه: لم يجُزْ»، «بيري»[(٣)].

(إلا في مسائلَ إحدى عشرة يُفرَد فيها):

(في الإعتاق والتدبير)، فيصحُّ عتقُه وتدبيرُه دونها إن كان موجودًا وقت التحرير، بأن ولدَتْه لأقلَّ من ستَّة أشهُر، وإلا لا يعتِق، كما في «البحر»[(٤)]، أي: إلا أن تكون مُعتدَّةً عن طلاقٍ أو وفاةٍ، فتلِدُ لأقلَّ من سنتَين من وقت الفراغ، ولو لأكثرَ من ستة أشهر، بدليل ثبوت نسَبه، ذكره العينيُّ وغيره.

---

(١) «خزانة الأكمل»، كتاب العتاق، تدبير (١/ ٧٢٥). وانظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب العتق (٤/ ٢٥٢).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب العتق (٤/ ٢٥٠).

(و)يفرَد في (الوصيةُ به وله)، كـ: أوصَيتُ بحَمْلِ جاريتي أو دابَّتي هذه لفلان.

(و)يُفرَد في (الإقرار به وله بالشرط المذكور في المتون في الوصية والإقرار). قال في «الملتقى» و«شرحه»: «وتصحُّ الوصيةُ به وله إن كان بينها ـ أي: الوصية، كما في «الهداية»[1]، أو من وقت موت الموصي، على ما اختاره في «النهاية» ـ ومن ولادته أقلُّ من ستة أشهر»[2].

وفي «القهستاني»: «ويشترط في الوصية وجودُ الموصَى له، وكذا الموصَى به حقيقةً أو حكما، بأن كان على خطَر الوجود، كثمرة البُستان ما عاش»[3]، ثم قال: «ولو الجاريةُ معتدَّةً تصِحُّ إذا ولدَتْ لسنتَين»[4]، وقال في باب الإقرار: «صح الإقرارُ بالحمل المحتمَل وجودُه وقتَه ولو غيرَ آدمي، ويقدَّر بأقلِّ المدة، وذلك أربعةُ أشهُرٍ للشاة، ولبقية الدوابِّ نصفُ حول، كما في «الجوهرة». وكذا للحمل أيضا، لكن لا مطلقا، بل إنْ بيَّن المقِرُّ سببًا للملك صالحًا؛ لتصحيح الإقرار به، كالوصية والإرث، كقوله: ماتَتْ أمُّه فورِثَها، أو أوصَى له به فلان، فإن ولدَتْ حيًّا لأقلَّ من ستة أشهُرٍ مذ أقرَّ: فله ما أقرَّ به، ولو معتدَّةً: فلأقلَّ من سنتَين، كما في «النهاية». وإن ولدَتْ حيَّيْنِ: فلهما نصفان، وإن ولدت ميِّتًا: فللموصِي والمورِّث، أي: يُرَدُّ المالُ لورَثة الموصِي والمورِّث؛ لعدم أهلية الجنين. وإن فسَّر سببًا غيرَ صالح، كبيعٍ أو إقراضٍ أو هبةٍ، أو أبهم الإقرارَ ولم يبيِّن سببا: لغا الإقرارُ»[5]، انتهى.

---

(١) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الوصايا (١٠/ ٤٣٢).

(٢) انظر: «ملتقى الأبحر» مع شرحيه، كتاب الوصايا (٤/ ٤٢٠).

(٣) «جامع الرموز»، كتاب الوصايا (٢/ ٦٧٥).

(٤) «جامع الرموز»، كتاب الوصايا (٢/ ٦٧٦).

(٥) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الإقرار (٢/ ٤٥٣ ـ ٤٥٤).

(ويثبُت نسبُه)، أي: الحمل، من ذي الفراش أو السيِّد على ما حُرِّر في بابه.

(وتجب نفقتُه)، وتُعطَى (لأُمِّه)، يعني: إذا طلَّق حاملا تجب عليه نفقةُ الحمل، وتُعطَى لأُمِّه، فالنفقةُ له، لا لأُمِّه، خلافا للشافعي.

(ويرِثُ) من غيره، «فيُوقَف له نصيبُ ابنٍ واحدٍ أو بنتٍ واحدة، أيُّهما كان أكثرَ، هو **المختار**. وهذا الحملُ يُشاركهم أو يحجُبهم حجبَ نقصانٍ، فلو يحجُبهم حجبَ حِرمان: وُقِف الكلُّ. ولو لم يعلم أن ما في البطن حملٌ أو لا: لم يوقَف، فإن ولدَت: تُستأنَف القِسمة. ولو ولدت ميِّتًا: لم يرِثْ، أي: إذا خرج بنفسه، أما لو أُخرِج فيرِث ويورَث»، كما في «الدر المنتقى»[(١)]. وإن خرج أكثرُه حيًّا ومات: ورِثَ، وإلا لا، كما لو ولدَتْه لأكثرَ من سنتَين، فلو لستَّة أشهُرٍ فصاعدا: يرث، ولو لسنتَين أو أكثرَ: لا، ويورَث منه.

وبيَّن صـورةَ الإرث منه بقوله: (فإنَّ ما يجب فيه)، أي: الحمل، (من الغُرَّة)، وهي خمسُمائة درهم، كما إذا ضرَب بطنَ امرأةٍ، فألقَتْ جَنينًا حُرًّا، ولو من أمته أو من المغرور: فعلى عاقلته في سنةٍ غُرَّةُ خمسمائة درهم. وحُرِّيةُ الجنين شرطٌ لوجوب الغرة. وتتعدَّد الغُرَّة بتعدُّد الجنين، «ذخيرة»[(٢)].

فإن ألقَتْه حيًّا فمات: ففيه الدية، وحينئذ (يكون) ما وجب فيه من الغرَّة (موروثًا)، ويُقسَم (بين ورَثته)، ولا يرث منه الضارب. وفي جنين الأمَة نصفُ عُشْر قيمتِه لو ذكَرا، وقيمتُه لو أُنثى. والمُعتبَر في الجنين حالَ الضرب، «فلو ضرب أمةً،

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الفرائض، آخر فصل في توريث الغرقى (٤/ ٥٢٩ ـ ٥٣٠).

(٢) لا يشمل المطبوع من «الذخيرة البرهانية» على كتاب الجنايات أو كتاب الديات، ولم أجد هذا النقل في جنايات «المحيط البرهاني».

فحرَّرها سيِّدُها، فألقَتْه حيًّا فمات: لا تجب إلا قيمتُه، لا ديتُه»، كما في «الملتقى»[(١)].

(ويصحُّ الخُلعُ على ما في بطن جاريتها)، أو ما في بطن غنمها، (ويكون الولد له إذا ولدَتْ لأقلَّ من ستَّة أشهُر)؛ لتحققه حينئذ.

[فائدة: يتبع الولدُ أُمَّه بعد الوضع في مسألتَين]

(ولا يتبع أمَّه في شيء من الأحكام) المتقدِّمة (بعد الوضع إلا في مسألة: وهي ما إذا) ولدَتْ عند المشتري أمةٌ مبيعةٌ بلا استيلاد من غير مولاها، فـ(استُحِقَّتْ الأمُّ ببيِّنةٍ: فإنه يتبعها ولدُها) إن كان في يده وقُضِي بالولد، وقيل: يكفي القضاءُ بالأمِّ، والأوَّلُ أصحُّ؛ لانفصاله وقتَ القضاء. وكلامُ البزَّازي يفيد تقييدَه بما إذا سكت الشهودُ، فلو بيَّنوا أنه لذي اليدِ، أو قالوا: لا ندري، لا يقضي به. قال في «الدر المنتقى»: «واعلم أن استيلادَه لا يمنع استحقاقَ الولد بالبيِّنة، فيكون ولدُ المغرور حُرًّا بالقيمة لمُستحقِّه، كما مرَّ في باب دعوى النسب، فتنبَّه»[(٢)].

(و)أما إذا استُحِقَّت (بإقرارٍ) ذي اليد بها أنها لفلان، فإنه (لا) يتبعها، ويأخذُها وحدَها، (كما في «الكنز»[(٣)])؛ لأن البيِّنة حُجَّة مُتعدِّية، والإقرارُ حُجَّة قاصرة يُثبِت الملكَ في المُخبَر به ضرورة، فلا يظهر في حقِّ الزوائد المنفصِلة، فلا يكون الولدُ له. وهذا إذا لم يدَّعِه المقَرُّ له، فلو ادَّعاه: تبعها، وكذا سائر الزوائد. نعم؛ لا ضمان بهلاكها، كزوائد المغصوب.

---

(١) «ملتقى الأبحر»، كتاب الديات، فصل في الجنين (٤/ ٣٥٩). وذلك لأن الحكم يترتب على سببه، فسبب القتل هنا الضرب السابق، فحمل عليه، فلزمته قيمته حيا؛ إذ السبب وقع في حالة الرق.

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، فصل في بيان أحكام الاستحقاق (٣/ ١٣١).

(٣) «كنز الدقائق»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (ص ٤٣٤).

ولم يذكُر النُّكول؛ لأنه في حكم الإقرار. وكذا لم يذكر متى ينفسخ إذا ظهَر الاستحقاقُ، وفيه أقوالٌ، **أصحُّها**: أنه لا ينفسخ ما لم يفسخ، كما في «الفتح»[1].

(ويمكن أن يُزاد مسألةٌ أخرى) ويقال: (ولدُ البهيمة يتبَع أُمَّه في البيع إن كان معها وقتَه على القول به)، أي: بتبَعِيَّته لها في البيع، (وهو المُفتى به)، كما في «الدر المنتقى»[2].

وفي «القنية» من «فوائد» أبي بكر محمد بن الفضل: قيل: لا يدخُل الولد في بيع الأمِّ كيف ما كان. وقالوا: يدخُل الولدُ الرضيع في بيع البقرة والشاة والناقة والرَّمَكَة، دون الفطيم.

ويمكن أن يُزاد ثالثةٌ، كما في «البيري»: «وكَّله أن يعتق أمتَه، فولدَتْ ولدًا: فله أن يُعتِقَها ويعتقَ ولدَها.

ورابعةٌ: وهي ما لو ولدت الوديعةُ: للوكيل قبضُ الأُمِّ مع الولد، إلا إذا ولدت قبل أن يُوكِّله المولى»[3]، انتهى.

إلى هنا تمَّ أحكام الحمل.

[مسائل البيوع]

ثم شرَع في مسائل البيوع، فقال:

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (٧/ ٤٤).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الإعتاق، قبيل باب عتق البعض (٢/ ٢٢٠).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ١٣). قال في «رد المحتار» (٣/ ٦٥٧): «يزاد: تبعية الولد لها إذا أسلمت، فإن الولد يتبع خير الأبوَين دِينا، كما مر في النكاح».

[فائدة: ردُّ المبيع بعيبٍ بقضاء فسخٌ في حقِّ الكلِّ، إلا في مسألتين]

(ردُّ المبيع بعَيبٍ) مُوجِبٍ للفسخ أو حطِّ ثمنٍ، وقيَّده في «الجامع» بما يحدُث؛ ليُعلَم حكمُ غيره بالأَولى، (بقضاءٍ)، أي: مصاحِبًا له، سواء كان القضاءُ ببيِّنةٍ أو إقرارٍ أو نكول. ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرارَ، فبَرهن عليه، كما في «الهداية»[١]، أو أقرَّ وأبى القبولَ، كما في «الكافي».

وصورةُ الإقرار أن يقول: شرَيتُه وبه هذا العيبُ ولم أعلَمْ به، وقُضِي به، ثم ادَّعاه على بائعه وبرهَن عليه أو استحلفه، كما في «الولوالجية»[٢].

«ومعنى الردِّ عليه أنه يخاصِمَه بذلك، أي: يُبرهِن عليه أو يستحلِفه، لا بمجرد القضاء؛ لأن له الردَّ على بائعه، بخلاف الوكيل بالبيع إذا رُدَّ عليه بقضاءٍ: يكون ردًّا على الموكِّل؛ لأنه بيعٌ واحد، بخلافه هنا»، «نهر»[٣].

(فسخٌ في حقِّ الكلِّ)، يعني: «فيجعل كأنْ لم يكن بيعٌ، غايةُ الأمر أنه أنكر قيامَ السبب، فكُذِّب شرعًا بالقضاء»، كما في «الهداية»[٤].

وقيَّد بكونه بالقضاء؛ لأنه لو كان الردُّ بالرضا: لا يكون فَسْخًا في حق الكلِّ؛ لأنه بيعٌ جديد في حق ثالثٍ، وهو الأوَّل، فكأنَّ المشتري الأوَّل اشتراه من المشتري الثاني، وفيه لا يرُدُّه على الأوَّل، فكذا هنا.

ولا بد من قيدِ كونه بعد قبضِه، كما في «التنوير»[٥]؛ لأنه «لو كان قبل

---

(١) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب خيار العيب (٦/ ٣٧٥).

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل الثامن في العيوب (٣/ ٢٤٩).

(٣) «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب خيار العيب (٣/ ٤٠٤ ـ ٤٠٥).

(٤) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب خيار العيب (٦/ ٣٧٤ ـ ٣٧٥).

(٥) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب خيار العيب (ص ٤٠٩).

القبض: فهو فسخٌ في حق الكل، سواء كان بقضاءٍ أو رِضا»، كما في «البحر»[١].

وهذا في غير العقار. وقد اختُلف فيه، **والأظهر** أنه بيعٌ جديد في حق البائع الأوَّلِ، وعند محمد: فسخٌ، وعند الثاني: بيعٌ في حق الكلِّ.

وقيَّد بالعيب؛ لأن له الردَّ بخيار شرط أو رُؤيةٍ مطلقا، كما في «الدرر»[٢].

وقيَّده فيه أيضًا بأن يكون البيعُ قبل الاطلاع على العيب؛ إذ لو كان بعده: ليس له الردُّ على بائعه، ولو ردَّ عليه بما هو فسخٌ.

وهذا في غير النقدَين لعدم تعيُّنِهما، فله الردُّ مطلقا، كما في «شرح المجمَع».

وفي «النوازل»: شرى شيئا بألفِ درهم وقبَضها، فوجدها نَبَهْرَجة، ثم عرضها على البيع: فهذا رضًا منه بها، وليس له الردُّ إلا في رواية عن أبي يوسف.

وقيَّد بعضُهم عدمَ الردِّ بالرضا بعيب لا يحدُث مثله. «**والأصحُّ**: أنه لا يردُّه ولو لم يحدُث مثلُه»، كما في «الدر المختار»[٣].

(إلا في مسألتَين)، فإنَّ ردَّ المبيع بالقضاء بعد القبض لا يكون فسخًا فيها:

[الأولى: أحال البائعُ بالثمن، ثم رُدَّ المبيعُ بعيب بقضاء: لم تبطُل الحوالةُ]

(أحدهما: لو) باع عبدًا بألف درهم، و(أحال البائعُ) غريمَه على المشتري (بالثمن، ثم رُدَّ المبيع بعيب بقضاءٍ: لم تبطُل الحَوالةُ) استحسانًا؛ لأنها اعتُبِرت متعلِّقةً بمثل ما أُضيفت الحوالةُ إليه من الدَّين، فلا تكون متعلِّقةً بالعَين. والقياس:

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار العيب، باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء (٦/ ٦٠).

(٢) انظر: «درر الحكام»، كتاب البيوع، باب خيار العيب (٢/ ١٦٣).

(٣) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب خيار العيب (ص ٤٠٩).

أن تبطُل؛ لفوات ما تعلَّقتْ به، وإذا بطلت الحوالةُ يرجع البائعُ على المشتري بجميع الثمن[١].

[الثانية: باعه بعد الردِّ بعيب بقضاء من غير المشتري: لم يجُزْ]

المسألة (الثانية: لو باعه) المشتري (بعد الردِّ بعيبٍ بقضاءٍ) قبل قبضه (من غير المشتري، وكان منقولا[٢]: لم يجُز) بيعُ المردود بالعيب بالقضاء، (ولو كان فسخًا: جاز) بيعُه من غير المشتري ومن المشتري أيضا.

ويُؤيِّد هذا ما (قاله الفقيه أبو جعفر: كنا نظُنُّ أن بيعَه)، أي: المردود بالعيب بالقضاء، (قبل قبضه جائزٌ من المشتري ومن غيره لكونه فسخًا في حقِّ الكلِّ؛ قياسًا على البيع بعد الإقالة)، فإنه جائزٌ مطلقًا، والإقالة قبل القبض فسخٌ في النقليِّ وغيره عندهما، وعند الثاني: بيعٌ في العقار، (حتى رأينا نصَّ محمد رحمه الله تعالى على عدم جوازه)، أي: بيع المردود بالعيب بالقضاء، (قبل القبض مطلقًا)، أي: من المشتري ومن غيره؛ لأنه بيعُ المنقول قبل القبض، (كذا في «الذخيرة»[٣]).

والمقصود من هذا أنه أُورد على كون الردِّ في المبيع بعيب بقضاء فسخًا في حقِّ الكل نقضًا ما ذكره من مسألتَي الحوالة والبيع من غير المشتري قبل القبض، بأنه لو كان فسخًا لبطلت الحوالة وجاز بيعُه قبل قبضه. وأجاب في «الكافي» بأنه

---

(١) في هامش (خ): (قوله: يرجع البائع. لعل العبارة مقلوبة، وصوابها: يرجع المشتري على البائع... إلخ. انتهى).

(٢) في هامش (ع): (واحترز به عن العقار؛ لأن بيعه قبل القبض جائز؛ لأن بيع ما لم يقبض منهي عنه لغرر امتناع العقد بالهلاك، وهلاك العقار نادر).

(٣) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب البيوع، الفصل الأول فيما يرجع إلى انعقاد البيع، نوع في معرفة المبيع والثمن (٩/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣).

فسخٌ فيما يُستقبَل، لا في الماضي؛ والدليل على ذلك أن **زوائد المبيع للمشتري، ولا يردُّها مع الأصل**، ولذا «لو وهب دارًا وسلَّمها، وبِيعتْ دارٌ بجنبها، فأخذها الموهوبُ له بالشفعة، ورجع الواهبُ فيها: لم يكن له الأخذُ بالشفعة.

وكذا أورَد شيخُ الإسلام، قال: قولُ القائل: الردُّ بالقضاء يجعل العقدَ كأنْ لم يكُنْ، تناقضٌ؛ لأنه إذا جُعِل كأنْ لم يكُنْ: جُعِل الفسخُ كأنْ لم يكُنْ؛ لأن الفسخ بدون العقد لا يُتصوَّر، فإذا انعدم العقدُ من أصله: انعدم الفسخُ من أصله، فإذا انعدم الفسخُ من الأصل: عاد العقدُ لانعدام ما ينافيه، ولكن يجعل العقدُ كأن لم يكن في المستقبَل، لا في الماضي»، انتهى، كذا في «الفتح»[1].

وعدل المصنِّفُ عنه إلى الاستثناء، وأشار إلى هذا النقض، فليُحرَّر[2].

[قاعدة: الاعتبارُ للمعنى، لا للألفاظ]

واعلم أن **اللفظ متى أمكَن حملُه على معنًى لا يُلغَى إلا إذا تعذَّر، فإن أمكَن حملُه على معناه الموضوعِ له: حُمِل عليه، وإلا يُحمَل على معنى مرادٍ من اللفظ بواسطة القرينة**، وهي معنى قوله: (الاعتبارُ للمعنى) المجازيِّ المراد من اللفظ بواسطة القرينة، (لا للألفاظ) وحدَها بحسب دلالتها على معناها الحقيقيِّ من غير

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب خيار العيب (٦/ ٣٧٧).

(٢) في هامش (خ): (قوله: فليحرر. هو محرر بما حققه في «الفتح» من النقض بالمسائل المذكورة وبالجواب عنها بأن حكم الرد يظهر فيما يستقبل، لا فيما مضى، اهـ. والحاصل أنه استشكل على هذا الأصل، وهو أنه فسخ من المسائل مسائل: إحداها: المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة، ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الأصل: بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الأصل. والثانية: ما لو أحال غريمه بالثمن على المشتري، ثم رد المشتري بعيب بقضاء: لا تبطل الحوالة، ولو كان فسخا من الأصل بطلت).

اعتبارِ القرينة. فإذا كان هناك لفظٌ، ومعه قرينةٌ دالَّةٌ على أن المراد منه معنًى غيرُ الموضوع له، فيُحمَل على ذلك المراد البتة، ولا يجوز حملُه على حقيقته رعايةً للفظِ الموضوع لذلك المعنى الحقيقي؛ لأنه يشترط في المجاز أن يكون هناك قرينةٌ مانعةٌ عن إرادة المعنى الحقيقي. ومثل ذلك يُعتبَر في المنقولات، فيعتبَر المعنى المنقولُ إليه، لا المنقولُ عنه لهَجْرِه.

ثم اعلم أنه لا بد للمجاز من علاقة، والعلاقاتُ محصورةٌ في نوعَين: اتصال صورةً، واتصال معنًى. والاتصال المعنويُّ هو ما يسمِّيه البيانِيُّون استعارةً، والصوريُّ يسمُّونه مجازًا، والأُصولِيُّون يُسمُّون الكلَّ استعارةً، فهي عندهم: ما رادَف المجاز.

ثم إن الاتصال في الشرعيَّات من حيث السبَبية والتعليل، فهو نظيرُ الصورة في المحسوس، والاتصالُ في المعنى المشروع، أي: في العقود المشروعة، فهو نظيرُ المعنى، وهو المراد بالمُشابَهة؛ لأن المُشابَهة اتفاقٌ في الكيفية والصفة، والمعنى أن كلَّ عقدٍ مشروعٍ وُجِد فيه معنى عقدٍ مشروع آخَر يثبُت الاتصالُ بينهما، كالوصية والإرث، فإن كُلًّا منهما استخلافٌ بعد الموت، فيجوز استعارةُ أحدهما للآخر، وكذا الهبة والصدقة متصلان معنًى من حيث إن كلًّا منهما تمليكٌ من غير عِوَض.

وفي «التحرير»: «[فالمعنوية فيها] أن يشترك التصرُّفان في المقصود من شرعيَّتهما، وهو العلةُ الغائية، كالحوالة والكفالة، المقصود منهما التوثُّق، فتُطلَق كلٌّ منهما على الأُخرى»[١].

فعُلِم من هذا أن الاستعارة عند الأُصولِيِّين تكون من الطرفَين، بخلاف البيانِيِّين.

---

(١) «التحرير» مع «تيسير التحرير»، الفصل الخامس في المفرد باعتبار استعماله، لا جمع بين الحقيقة والمجاز دون الاستعمال فيهما (٢/ ٤٤).

والاتصالُ في الصورة اتصالُ الحكم بالعلة، كاتصل المِلك بالشراء، وإنه يوجب الاستعارةَ من الطرفَين، واتصالِ المسبَّب بالسبب، فيُستعار السببُ للحكم دون العكس، فلا يجوز أن يُذكَر المسبَّب ويراد السببُ عندنا، ويجوز العكس.

والأصلُ في ذلك: أن **مبنى الاستعارة على الاتصال**، فإن كان الاتصالُ بينهما بحيث يكون كلٌّ منهما أصلًا من وجهٍ فرعًا من وجه: يستعار أحدُهما للآخر، كالعلَّة مع المعلول، فإن المعلول علَّةٌ ذهينة، والمُسبَّب يفتقِر إلى السبب دون العكس، فلذا يُستعار السببُ للمسبَّب دون عكسه.

إذا علمتَ هذا: علمت ما حرَّره المصنِّف من هذا المبحث على طريق الكُلِّية والإخراجاتِ على ما هو سَنَنُ هذا الفنِّ الثاني، فقال:

(صرَّحوا به)، أي: بهذا الأصل، وهو أن **العبرةَ للمعنى، لا للفظ**، **(في مواضعَ)** من الفقه، تقدَّم بعضُها في بحث النيَّة، وكذلك الأُصوليُّون في بحث الحقيقة والمجاز.

[فرع: الكفالةُ بشرط براءةِ الأصيل حوالةٌ]

(منها)، أي: المواضع، **(الكفالةُ)**، فإن معناها الحقيقيَّ ضمُّ ذمةٍ إلى ذمة في المطالَبة، فأخذ في معناها الحقيقي المطالَبة، **(فهي بشرط براءةِ الأصيل)** من المطالبة **(حَوالةٌ)**، ويكون حكمُها حكمَها، فاستعمالُها في ذلك المعنى مجازٌ بقرينة الشرط المذكور، فالعبرةُ لهذا المعنى، لا للفظ «الكفالة» لتلغُو، فقد شبَّه عقدَ الحوالة التي هي نقلُ الدَّين من ذِمَّة إلى ذمة بالكفالة بجامع التوثُّق في كلٍّ، واستعار أحدَهما للآخر.

[الحوالةُ بشرط عدم براءة الأصيل كفالةٌ]

(وهي)، أي: الحوالةُ، (بشرط عدم براءتِه)، أي: الأصيل، من المطالَبة (كفالةٌ)، استُعمِلت فيها مجازًا، كما قلنا.

[فرع: بعتُكَ إن شئتَ، بيعٌ بالخيار إن ذكر الأيام، وإلا فباطلٌ]

(ولو قال: بعتُكَ) هذا الشيءَ (إن شئتَ، أو شاء أبي أو زيدٌ)، فهو تعليقٌ للبيع حقيقةً، (فإن ذكر ثلاثةَ أيامٍ أو أقلَّ: كان بيعًا بخيارٍ) مجازًا؛ لأن حقيقة التعليق لا تتوقَّف على الثلاث وما دونها، وإن ذكر الأربعَ أو أكثرَ: لا يكون بيعًا بخيار عنده، إلا إنْ أجاز مَن له الخيارُ في الثلاث. وإنما اعتُبِر البيعُ بالخيار دون التعليق (لاعتبار المعنى) المجازيِّ للقرينة الدالَّة على ذلك، (وإلا)، أي: وإن لم يذكُر الثلاثَ وما دونها: (بطَل) البيعُ؛ (للتعليق)، أي: لاعتبار المعنى الحقيقيِّ حينئذ؛ إذ لا قرينةَ تُصرِفه عن معناه الحقيقي، والبيع يبطُل بالتعليق. (وهو)، أي: اللفظ، (لا يحتمله)، أي: الخيار؛ لعدم ما يدل عليه.

[فرع: هبة الدَّين لمن عليه الدَّين إبراءٌ]

(و)كذا (لو وهَب الدَّينَ لمَن عليه) الدَّينُ: (كان) الهبةُ (إبراءً) مجازًا؛ (لأجل اعتبار المعنى) المجازيِّ للقرينة الدالَّة على ذلك، فأطلَق الهبةَ على الإبراء لكونِ كلٍّ منهما تمليكًا بلا عوض. والقرينةُ أن الهبة تمليكُالعين بشرط القبض، والدين ليس بعينٍ، فإذا كانت الهبةُ إبراءً مجازًا فيُعتبر فيها ما يعتبر في الإبراء، (فلا تتوقَّف على القبول على الصحيح). وأما الهبةُ حقيقةً، فتتوقَّف عليه، وما نُقل عن «المحيط» من عدم توقُّفها عليه مشكلٌ.

[فرع: أعتِقْ عبدَك عنِّي بألفٍ، بيعٌ معنى]

(ولـو قـال رجـلٌ لآخـرَ: أعتِقْ عبـدَكَ عنـي بألـفٍ)، ففعـل: (كان) هـذا اللفظُ (بيعًـا اعتبارًا (للمعنـى)؛ لعدم إمكان الحمل علـى الحقيقة؛ لأن قولـه: أعتِقْ عبدَك، لا بـد أن يكـون توكيلا، ولا شـك أن إعتـاقَ الرجل عبدَه لوكالتـه ونيابته يتوقَّف على جعلـه مِلكًا لـه، وسـببُ المِلـك هنا البيـعُ بقرينـةِ قولـه: بألفٍ، فيكـون البيـعُ لازِمًا متقدِّمًـا لمعنـى الـكلام، فدلالـةُ هـذا الكلام علـى البيـع من قَبيـل دلالـة الاقتضاء، وقد تقـدَّم أوائـلَ الكتاب.

وقولـه: (ولكنَّـه)، أي: البيـعَ، ثابـتٌ (ضِمنِـيٌّ)، أي: فـي ضمـن هـذا اللفـظ، (اقتضـاءً)، أي: ثبـوتَ اقتضـاءٍ ولـزومٍ، لا عبـارةً ولفظًـا، أي: فكأنـه قـال: بِعْـه مِني وأعتِقْـه عنِّـي، وكأنَّـه باعـه منـه وأعتقَـه عنه.

وقـدَّره فـي «التوضيـح» كأنه قـال: «بِـعْ عبدَك منِّـي[1] بألـفٍ، وكُـنْ وكيلي في الإعتـاق»[2]. وفيـه إشـارةٌ إلـى أن الاحتياج إلى القبـول إنما هو في الملفـوظ، لا في المقتضَى.

قال في «التلويح»: «والتحقيق: أن «عنِّي» حالٌ من الفاعل، و«بألف» متعلِّقٌ بـ«أعتِقْ» على تضمينه معنى البيع، فكأنه قال: أعتِقْه عنِّي مبيعًا منِّي بألفٍ»[3].

فإذا كان البيعُ ثابتًا اقتضاءً: (فلا تُراعَى شروطُه)، أي: شروط البيع، «فلا يُشترَط

---

(١) كذا في النسخ. وفي «التوضيح»: (عني).

(٢) «التلويح على التوضيح»، الركن الأول في الكتاب، الباب الثاني في إفادة اللفظ الحكم، فصل: لا بد للمأمور به من الحسن (١/ ٢٦٢).

(٣) «التلويح على التوضيح» (١/ ٢٦٣).

القبول، ولا يثبُت خيارُ الرؤية والعيبِ، ولا يشترط أن يكون مقدورَ التسليم، حتى صحَّ الأمرُ بإعتاقِ الآبق»، كما في «التلويح»[(١)].

وفيه: «نعم؛ يثبت البيعُ بقدر الضرورة، أي: مع شرائطه وأركانه، لضرورته التي لا تسقُط بحال»[(٢)].

(وإنما تُراعَى شروطُ المقتضِي، فلا بد أن يكون الآمِرُ أهلًا للإعتاق)، حتى لو كان صَبِيًّا عاقلا أذِن له الوليُّ في التصرُّفات: لم يثبُت منه البيعُ بهذا الكلام. فإن قيل: ينبغي أن يثبُت البيع دون الإعتاق؛ لحصول إذن الوليِّ بالبيع، قلنا: إنما أذِن الوليُّ بالبيع النافع، لا البيع للإعتاق.

ولو قال: أعتِقْ عبدَك عني بلا شيءٍ، قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن العتقَ يقع عن الآمر، وتثبُت الهبةُ اقتضاءً، فلا يشترط القبضُ، كما لا يشترطُ القبول في البيع. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يسقُط القبضُ؛ لأنه ليس من جنس القَول، بخلاف القبول، والقولُ دون الفعل، فلا يُسقِط ما هو أقوى منه.

ولا يُعارِضه ما لو قال لغيره: أطعِمْ عنِّي كفَّارةَ يميني، فإنه يثبُت المِلكُ للآمر بالهبة. ودُفع بأن الفقير جُعِل قابضا للآمر ثم لنفسِه، بخلاف الإعتاق، فإنه إتلافٌ للمال، ولا يُتصوَّر القبضُ في المتلَف.

ويَرِدُ عليه لو قال: إن تسرَّيتُ أمةً فهي حُرَّة، ثم اشترى أمةً لم تكُنْ في مِلكه وقتَ الحلف، وتسرَّى بها: فإنها تعتِق عند زفر؛ لأن التسرِّي لا يصحُّ إلا في الملك،

---

(١) «التلويح على التوضيح»، الركن الأول في الكتاب، الباب الثاني في إفادة اللفظ الحكم، فصل: لا بد للمأمور به من الحسن (١/ ٢٦٢).

(٢) «التلويح على التوضيح» (١/ ٢٦٣).

فصار ذكرُه ذكرًا للملك، كما لو قال لأجنبيَّةٍ: إن طلَّقتُكِ فعبدي حرٌّ؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في الملك، فصار ذكرُه ذِكرًا للملك، فكذا هنا. فهذا من زفر قولٌ بالاقتضاء، وهو لا يقول به.

وذكر في «الزواهر» نقلا عن «الزيلعي» أنه لا فرقَ بين الاقتضاء وبين دلالة اللفظِ على ما لم يُذكَر من أنه لا يُشتَرط في الاقتضاء الفهمُ من اللفظ، بخلاف الدلالة؛ لأن بمُجرَّدِ ذكرِ التسرَّي يُفهَم الملك، فتأمَّلْ. فعلى هذا، شُرِط في الاقتضاء زيادةً على ما تقدَّم أن لا يُفهَم منه المحذوفُ، وفيه ما فيه.

(ولا يفسُد البيعُ بألفٍ ورِطلٍ من خمر)، يعني في مسألتِنا «لو قال: أعتِقْ عبدَكَ عني بألفٍ ورطلٍ من خمر، وراعَينا شروطَ البيع: كان بيعًا فاسدًا، والقبضُ شرطٌ فيه، لكن لم نُراعِ شروطَه، فيسقُط القبض»، كما في «التلويح»[1].

[فرع: صحَّت الرَّجعةُ بلفظ النكاح، والنكاحُ بلفظ الرَّجعة]

(ولو راجَعها بلفظ النكاح: صحَّتْ الرَّجعةُ؛ للمعنى) المجازي، (ولو نكَحها بلفظ الرَّجعة: صحَّ أيضًا) للمعنى، أي: فيُستعمَل أحدُهما مكانَ الآخر؛ لأن النكاح عقدٌ يَرِد على ملك المُتعة، **والرَّجعة استدامةٌ**، «فتصحُّ الرَّجعةُ بلفظ النكاح والتزويج عند محمد، **وعليه الفتوى**، كما في «الينابيع». وعند أبي حنيفة: لا يصحُّ؛ لأن النكاح إنشاءُ عقدٍ جديد، وإنشاءُ النكاح للمنكوحة باطلٌ. وعن أبي يوسف روايتان»، كذا في «الزيلعي»[2].

---

(١) انظر: «التلويح على التوضيح»، الركن الأول في الكتاب، الباب الثاني في إفادة اللفظ الحكم، فصل: لا بد للمأمور به من الحسن (١/ ٢٦٣).

(٢) قال في «تبيين الحقائق»، كتاب الطلاق، باب الرجعة (٢/ ٢٥١): «وإن تزوجها في العدة: لا تكون =

[فرع: إن أدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنت حُرٌّ، كان إذنًا بالتجارة]

(ولو قال لعبده: إن أدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنت حُرٌّ، كان إِذْنًا له في التجارة؛ عملا) بالاقتضاء، (وتعلَّق عتقُه بالأداء) نظرًا إلى ظاهر اللفظ. وقوله: (نظرًا للمعنى)، أي: نظرًا للإذن في التجارة، (لا كتابةً فاسدة).

[فرع: صحَّ الوقفُ على ما لا يُحصى]

(ولو وقف على ما لا يُحصَى، كبني تميم: صحَّ؛ نظرًا للمعنى، وهو بيانُ الجهة، كالفقراء، لا نظرًا) للفظ (ليكونَ تمليكًا لمجهول). قيل عليه: «لا يظهر اقتضاءُ اللفظ فيه التمليكَ؛ لأن «وقفتُ» صريحٌ في معناه، وإن أراد لفظَ «بني تميم» فكذلك»، «حموي»[(١)].

[فرع: ينعقد البيع بكلِّ لفظٍ يقتضي البيعَ]

(وينعقِد البيعُ بقوله): خُذْ هذا (بكذا، فقال) المشتري: (أخذتُ)؛ لثبوت الإيحاب اقتضاءً؛ فإنَّ «خُذْ» وإن كان موضوعًا للاستقبال، إلا أنه كالماضي هنا من حيث أنه يستدعي سابقةَ البيع، إلا أن استدعاء الماضي سبقَ البيع بحسب الوضع، واستدعاءَ «خُذْه» بطريق الاقتضاء، كما لو قال: بعتُكَ عبدي هذا بألفٍ، فقال: هو حرٌّ، عتَق، وثبت «اشتريتُ» اقتضاءً. فاندفع ما قيل: إن «خُذْ» أمرٌ للاستقبال، والبيع لا ينعقِد إلا بالماضي.

وفي «الخانية»: «لو قال: بعتُك ذا بألفٍ، فقال: آخُذُه، لم يَجُزْ، ولو قال:

= رجعة عند أبي حنيفة؛ لأن إنشاء النكاح في المنكوحة باطل لغو، فلا يثبت ما في ضمنه، وعند محمد: يكون رجعة، وعن أبي يوسف روايتان. واختار الفقيه أبو جعفر قول محمد، وبه يفتى».

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٦٧).

أخذتُـه، جـاز»[١]، انتهى. يعنـي: إذا لم يَنْـوِ بـ«آخذ» الحـالَ، كما قاله المقدسـي.

والحاصل: أن البيعَ ينعقد بالماضي، وبالمُضارِع إذا أُرِيد به الحال، ولا ينعقِد بالأمر إلا إذا ثبت اقتضاءً، كما هنا.

(وينعقـد) البيـعُ (بلفـظ الهبة مع ذِكـر البدَل)، كما لـو قال: وهبتُكَ هـذه الدارَ بألـفٍ، فذكَـر الهبـةَ وأراد البيـعَ مجـازًا؛ لكـون كلٍّ منهمـا سـببًا للملـك، والقرينةُ ذِكـرُ البدل.

(و)ينعقد أيضًا (بلفظ الإعطاء) مجازًا، إذا ذكر البدل؛ اعتبارًا للمعنى، فحينئذ يتوقَّف على القبول فيهما.

(و)ينعقـد أيضًـا (بلفظ الإشـراك والإدخـال)، بأن اشـترى عبدًا بألـفِ درهـم، ثـم قـال لآخَـر: أشـرَكتُكَ معـي فـي هـذا العبـد، أو أدخلتُكَ معـي، صار شـريكًا، ويقتضـي البيعَ.

(و)ينعقد البيع بلفظ (الردِّ) على بائعه برضاه، ويكون بيعًا ثانيًا.

(و)ينعقد بلفظ (الإقالة)، كما لو قال: أقلتُكَ هذا بكذا، (على قولٍ) «لأبي بكر الإسكاف. وعلى قول أبي جعفر: لا ينعقد، وبه أخذ الفقيهُ أبو الليث، وهو **المختار**، كما في «المُنية»»، كذا في «الحموي»[٢].

وفي «البيري»: «إن عدم الانعقاد قولُ أبي حنيفة»[٣].

(وقد بينَّاه مفصَّلا مَعزُوًّا في «شرح الكنز»).

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الكلام والقراءة (٢/ ١٠١).

(٢) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٦٨).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٦).

[فرع: تنعقد الإجارةُ بما يدل على تمليك المنافع بعوضٍ]

(وتنعقِد الإجارةُ بلفظ الهبة والتمليك، كما في «الخانية»[١])؛ لكون كلٍّ منهما تمليكًا، والمال في كلٍّ منهما من جانبٍ واحد، فلا تصح الإجارةُ بلفظ البيع لبُعدِ المشابهة. وذكَر في «الدُّرِّ» خلافًا في انعقادها بالبيع[٢]، لكن في «شرح المختار» ما يُفهِم أنه لا خلاف في عدم الانعقاد به[٣].

وفي «التوضيح» و«شرحه»: «لو قال: بعتُ نفسي منك شهرًا بدرهم لعملٍ كذا: ينعقد إجارةً، ولو ترك واحدًا من القيود: يفسُد البيع. ولو قال: بعتُ عبدي أو داري منك بكذا، فإن لم يذكر المدةَ: ينعقد بيعًا؛ لإمكان العمل بالحقيقة مع تعذُّرِ شرط المجاز، وهو ذكرُ المدة. فإن ذكَر المدَّةَ، ولم يسمِّ جنسَ العمل: لا روايةَ فيه. وإن سمَّاه، مثل: بعتُ عبدي منك شهرًا بعشرةٍ لعملِ كذا: انعقد إجارةً؛ لأن إطلاقَ البيع على الإجارة مُتعارَفٌ عند أهل المدينة، فيجوز عند غيرهم إذا اتَّفق العاقِدان عليه، كذا في «الأسرار». وقيل: ينعقد بيعًا صحيحًا بحمل المدَّة على تأجيل الثمن، أو بيعًا فاسدا؛ عملا بالحقيقة القاصرة»[٤]، انتهى.

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الإقالة والاستحقاق (٢/ ٢٧٣).

(٢) كذا في النسخ، ولم أجد في «الدر المختار» ولا في «الدر المنتقى» ذكرا للخلاف في انعقاد الإجارة بلفظ البيع. لكن وجدت في «درر الحكام» (٢/ ٢٢٦) ما نصه: «واختلف في انعقادها بلفظ البيع، ذكر شيخ الإسلام أن فيه اختلافَ المشايخ، وقال: إذا قال الحر لغيره: بعتُ نفسي منك شهرًا لعمل كذا، فهو إجارة. وعن الكرخي أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع، ثم رجع وقال: تنعقد، كذا في «الخلاصة»». اهـ. فلعل كلمة «الدرر» تصفحت إلى «الدر».

(٣) انظر: «الاختيار لتعليل المختار»، كتاب الإجارة (٢/ ٥١).

(٤) «التلويح على التوضيح»، الركن الأول في الكتاب، الباب الأول في إفادته المعنى، التقسيم الثاني في استعمال اللفظ في المعنى، فصل: أنواع علاقات المجاز (١/ ١٥٢).

وهل الإجارةُ بلفظ الهبة تكون لازمة؟ ذكر الجصَّاصُ أنها لا تلزم، ويكون لكل منهما الفسخُ قبل القبض، وإذا سكَن وجب أجرُ المثل. وما ذكروه من أن عقد الإجارة عقدٌ لازم لا يُفسَخ إلا من عذرٍ: يجب حملُه على ما إذا كان بصريحها. وأما في كنايتها، كما هنا، فلا.

(وتنعقد الإجارةُ بلفظ الصُّلح عن المَنافع)، كما لو ادَّعى شِقصًا من دارٍ على رجل، فصالحه على سُكنَى بيتٍ معلوم من الدار المذكورة عشرين سنةً: جاز. فلو آجَره، يعني: البيتَ المُصالَحَ على سُكناه، ممَّن صالحه: جاز عند أبي يوسف، خلافا لمحمَّد؛ بناء على أن هذا العقد إجارةٌ على قول محمد، وليس للمستأجِر أن يؤجِّر من المؤجِّر، وعند أبي يوسف: إن المنفعة ما ملَكها المُدَّعي بعقدٍ، بل ترَك بعضَ حقِّه وقنَع بالبعض، فالمنفعةُ بقِيتْ على أصل مِلكه، فيَملِك أن يُؤاجِره ممن أراد. ولو باع المدعي حقَّ السُّكنى من رجل: لم يجُزْ عند البعض؛ لترك التوقيت، والإجارةُ لا تنعقد بلفظ البيع.

(وتنعقد الإجارةُ بلفظ العارية)، فلو قال لغيره: أعَرتُكَ هذه الدار شهرًا بكذا، يكون إجارةً بقرينة ذكرِ المال، وكلٌّ من الإجارة والعارية تمليكٌ لمنفعة، لكن قالوا: إن العارية لا تنعقِد بلفظ الإجارة، كما لو قال: آجَرتُكَ هذه الدارَ بغير شيء، وتكون إجارةً فاسدة، لا عاريةً، فتأمَّل.

[فرع: ينعقد النكاح بما يدلُّ على ملك العين للحال]

(وينعقد النكاحُ بما)، أي: بكل لفظٍ، (يدلُّ على ملك العَينِ للحال)؛ مجازًا عن ملك المُتعة، (كالبيع والشِّراء والهبة والتمليك)، فإن كُلًّا منها يشترِك في إثبات الملك، وهو في ملك العين أَقوى، فاستُعِير البيعُ للنكاح، وكذا الباقي، دون

العكس، أو إن البيعَ وأخواته سببٌ لملك المتعة، فأُطلِق السببُ وأُريد به المسبَّب، دون العكس، لما مرَّ.

فلا ينعقد بما لا يدلُّ على ملك العَين، كلفظ الإجارةِ والإعارة، ولا بلفظ الوصية؛ لعدم إفادتها ملكَ العين حالا، وأيضا لا توجِب الملكَ بنفسها، بل توجب الخلافةَ مُضافةً إلى ما بعد الموت.

وانعقاد النكاح بلفظ البيع وأخواته إنما يكون إذا كان مع النية إذا لم يَذكُر المهرَ، وإذا ذكَره لا يحتاج إليها. فالمهرُ قرينةٌ على إرادة المجازِ أو النية، كما في «الزيلعي»[١].

وفي «البحر» عن «المبسوط»: «لا تُشتَرط النيةُ، ذكَر المهرَ أو لا»[٢]، وهكذا في «الفتح» نقلا عن «السرخسي» مُعلِّلا بأنه مجازٌ ينصرف إلى النكاح بلا نيةٍ أصلا، كما لو حلَف: لا يأكُل من هذه النخلة. وهذا يدلُّ على عدم اشتراط ذكرِ المهر عند عدم النية.

وفي «الفتح»: «طلَب الزِّنا من امرأة، فقالت: وهبتُ نفسي منكَ، فقيل: لا ينعقد النكاحُ؛ لأن الانعقادَ بالهبة مجازٌ لا بد فيه من قرينةٍ، ولا قرينةَ على إرادة النكاح. ولو قال أبو البنت: وهبتُ ابنتي منك لتَخدِمكَ، لا ينعقد نكاحًا، بخلاف ما لو قال: بعتُ بنتي منك، بحضرة الشهود؛ لأن عدم المحليَّة للبيع يوجب الحملَ على المجاز»[٣]، فعدمُ القبول للمحلِّية هو القرينةُ، فيكتفي بها الشهودُ من غير زيادةِ

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، شروط النكاح وأركانه (٢/ ٩٨).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب النكاح (٣/ ٩٢).

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب النكاح (٣/ ١٩٤ ـ ١٩٥).

قرينةِ ذكرِ المهر أو إعلامِ الشهود أو طلبِ الخطبة، حتى لو كان المعقودُ عليه: أمةً احتيج إلى قرينة زائدة.

فعُلم منه أن الهبة في الحرة نكاحٌ مع القبول، ولا يُحتاج إلى ذكر مهرٍ أو طلب خطبةٍ أو إعلام شهود، إلا أن يوجد قرينةٌ على إرادة غير النكاح، كما في صورتَي الزِّنا وهبة أبي البنت للخدمة. وعُلم أن مراد مَن اشترط ذكرَ المهر عند عدم النية اشتراطُ وجود القرينة مطلقًا، ومن ثَمَّ يُشتَرط عند النية عدمُ اشتراطِه بخصوصه، لا عدمُ اشتراط قرينةٍ.

وصحةُ النكاح بالتمليك عندنا، كما لو قال له: ملَّكتُكَ بنتي، أو قالت: ملَّكتُكَ نفسي، يريدانِ النكاحَ: صحَّ؛ لأن التمليك سببٌ لملك المتعة في محلِّها بواسطةِ ملك الرقَبة، وملكُ المتعة في محلِّها هو الثابت بالنكاح، والسببيةُ طريقُ المجاز.

وأما عدمُ جواز استعارةِ النكاح للتمليك «فلعدم جواز استعارةِ المسبَّب للسبب»، كما في «الفتح»[1].

[فرع: ينعقد السلَمُ بلفظ البيع]

(وينعقد السَّلَمُ بلفظ البيع) على الأصحِّ، «بحر»[2]، كعكسه اتفاقا؛ لإفادة التمليكِ في كلٍّ منهما، بل السلمُ بيعٌ، لكن بيعُ آجلٍ بعاجلٍ، فمع القرينة يُصرَف كلٌّ منهما إلى الآخَر.

---

(١) «فتح القدير»، كتاب النكاح (٣/ ١٩٤).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب السلم (٦/ ١٦٨).

[فرع: قال لعبده: بعتُ نفسَكَ منكَ، كان إعتاقًا]

(ولو قال لعبده: بعتُ نفسَك منكَ) بألف، (كان إعتاقًا) على مال، أي: مجازًا عنه؛ (نظرًا للمعنى)، لكون كلٍّ منهما إزالةَ الملك؛ لأن الإعتاق الذي هو إثباتُ القوَّة الشرعيَّة سببٌ لإزالة الملك كالبيع، بل الإزالةُ في البيع أقوى؛ إذ هي من غير واسطة، والقرينة ما ذُكِر من الثمن.

«وفي «الولوالجية»: «لو قال: اشترِ نفسَكَ منِّي بألفِ درهم، فقال العبد: فعلتُ، عتَق بألف درهم، وإن لم يقبَلْ المَولى؛ لأن الواحد يتولَّى طرفَي الإعتاق على مالٍ»[(١)]»، «بيري»[(٢)].

[فرع: تنعقد المضاربة قرضًا بشرط كلِّ الرِّبح للمضارب]

وتنعقد المضارَبةُ قرضًا (لو شرط ربُّ المال للمضارِب) عند عقد المضاربة (كلَّ الربح: كان المالُ قرضًا)؛ لأن المُضاربة شركةٌ في الرِّبح بمالٍ من جانب وعملا من جانب، وذلك لا يتأتَّى فيما إذا شُرِط الرِّبحُ للمضارِب، فهي مجازٌ عن القرض للانتفاع في كلٍّ بالمال.

[فرع: تنعقد المضاربةُ بضاعةً بشرط كلِّ الربح لربِّ المال]

(ولو شُرِط) كلُّ الربح (لربِّ المال: كان بضاعةً)، أي: وكيلا متبرِّعًا. قال الشُّمُنِّي: وهذا معنى البضاعة، يعني فتكون المضارَبةُ الواقعُ العقدُ بلفظِها مجازًا عن البضاعة للانتفاع.

---

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها البيع (٣/ ١٣٨).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧).

[فرع: يقع الطلاقُ بلفظ العتق]

(ويقع الطلاقُ بلفظ العتق) مجازًا؛ لكون كلٍّ منهما إزالةَ ملكٍ، وهي في العتاق أقوى، فيُستعار له، فيقع بقوله لامرأته: أنتِ حُرَّة، إذا نوى به الطلاقَ: البائنُ، نقَله شيخُنا(١) عن بعضهم.

[فرع: الصُّلحُ على ألفٍ على نصفه إسقاطٌ للباقي]

(ولو صالَحه على ألفٍ على نصفه، قالوا: إنه) أخذٌ لبعض حقِّه و(إسقاطٌ للباقي)، أي: إبراءٌ عنه، لا مُعاوَضةٌ؛ للرِّبا. (فمُقتضاه)، أي: مقتضى أن هذا عقدُ إبراءٍ وإسقاطٍ، (عدمُ اشتراط القبول، كالإبراء)، فإنه لا يُشتَرط فيه، (و)مقتضى (كونه عقدَ صُلحٍ يقتضي القبولَ)؛ لأن الصلحَ عقدٌ يرفَع النزاع، وكلُّ عقدٍ ركنُه الإيجاب والقبول.

وصرَّح في «شرح الملتقى» بأنه «أفاد بقوله: عقدٌ، أن ركنَه(٢) الإيجاب والقول، أي: فيما يتعيَّن. وأما فيما لا يتعيَّن، كالدارهم، فيَتِمُّ بلا قبول؛ لأنه إسقاطٌ»(٣). ونقله في «المنح» عن «العناية».

ومقتضى هذا التعليل أن الاعتبار للمعنى، لا للفظ، على ما هو الأصلُ؛ لأنه حيث كان مجازًا عن الإسقاط فيُعتبَر فيه ما يعتبر في الإسقاطات، وهي لا تتوقَّف على القبول، وهو ظاهر.

---

(١) انظر: «عمدة الناظر» (ل/ ١٦٢/ أ).

(٢) أي: ركن الصلح.

(٣) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الصلح (٣/ ٤٢٢).

[فرع: وهَب المشتري المبيعَ من البائع قبل قبضِه، كانت إقالةً]

(ولو) اشترى عبدًا بألفِ درهم، ودفع الثمنَ، ولم يقبض المبيعَ، ثم إنه (وهَب المُشتري المبيعَ من البائع قبل قبضِه، فقبِل) البائعُ الهبة: (كانت) الهبةُ المذكورة مع القبول (إقالةً) للبيع مجازًا عنها. وهذا مبنيٌّ على أن **الإقالة فسخٌ في حقِّ المُتعاقدَين فيما هو من موجِبات العقد، بيعٌ في حقٍّ ثالث**. وإنما قُيِّد بما هو من موجبات العقد؛ لأنها لو كانت بشرطٍ زائد: فالإقالةُ تُعتبَر بيعًا جديدًا في حقِّ المتعاقدَين أيضًا، كما إذا اشترى بالعَين المُؤجَّل عينًا قبل حلول الأجل، ثم تقايَلا: يعُود الدينُ حالًّا كأنه باعه منه.

ومما يتفرَّع عليه مسألتُنا هذه؛ لأن الهبة لو كانت بيعًا، لا فسخًا: لم يجُزْ؛ لأن البيع ينفسخ بهبةِ المبيع للبائع قبل القبض، بخلاف البيع؛ لأن البيع قبل القبض لا ينفسِخ، يعني: لو كان دَينًا، وإن كان عينًا: ينفسِخ، كما في «تهذيب القلانسي».

[مسائلُ مُستثناة من قاعدة «الاعتبار للمعاني، لا للألفاظ»]

(وخرَج عن هذا الأصل)، أي: عن الاعتبار للمعنى، لا للفظ، (مسائلُ، منها):

(لا تنعقِد الهبةُ بلفظ البيع بلا ثمنٍ)؛ لعدم صحة الاستعارة؛ لأن وجه الشَّبَه[1] في المُشبَّه به يجب أن يكون أقوى، ووجهُ الشَّبَه بينهما ـ وهو إثباتُ الملك ـ في البيع أقوى، كما مرَّ.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: لأن وجه الشبه... إلخ. لم يظهر لهذا الكلام وجه صحة؛ لأن وجه الشبه في المشبه به هنا أقوى؛ لأننا شبهنا الهبة بالبيع بجامع إفادة الملك، واستعرنا لفظ المشبه به، وهو البيع، للهبة، فأريد من لفظ البيع الهبة. فتوجيه الشارح يصح إذا كان كلام المصنف مقلوبا، بأن يقال: لا ينعقد البيع بلفظ الهبة. والله أعلم بصحة ما في المصنف).

(ولا) تنعقِد (العاريةُ بلفظ الإجارة[1] بلا) ذكرِ (أُجرةٍ)، مع أن كُلًّا منهما تمليكٌ بنفسه؛ لأنه في الإجارة أقوى.

(ولا) ينعقد (البيعُ بلفظ النكاح والتزويج)؛ لأن ملك المُتعة لا يستلزم ملكَ الرقبة.

(ولا يقع العتقُ بألفاظ الطلاق، وإن نوى) بالطلاقِ العتقَ؛ فإنهما وإن اشتركا في زوالِ الملك، إلا أنه لا يستلزم زوالُ ملك المتعة زوالَ ملك الرقبة، بخلاف العكس.

والحاصل: أنه لا يُستعار أحدُ الشيئَين للآخَر إذا كان ثابتَ الاتصال من الطرفَين.

(و)مما خرج عن الأصل: (الطلاقُ والعتاق)، فإنه (يُراعَى فيهما الألفاظ، لا المعنى فقط. فلو قال لعبده: إذا أدَّيتَ إليَّ كذا في كيسٍ أبيضَ فأنت حرٌّ، فأدَّاها في كيسٍ آخَر) غير أبيض: (لم يعتِق)؛ اعتبارًا لحقيقة التعليق وعدم قرينةٍ تُصرِفه عنه.

(ولو وكَّله بطلاق زوجته مُنجَّزًا، فعلَّقه على كائنٍ: لم تطلُق)، وإن كان التعليق على كائن تنجيزًا؛ اعتبارًا لحقيقة التعليق.

(وفي الهبة بشرط العِوَض) ولو هديةً (نظروا إلى الجانبَين، جانبِ اللفظ ابتداءً)، أي: ابتداء الكلام بلفظ الهبة بشرط التقابُض في العوَضين، وتبطُل بالشُّيوع فيما يحتمل القسمة، (و)نظروا (إلى جانبِ المعنى) المجازي، (فكانت بيعًا انتهاءً)،

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ولا تنعقد العارية بلفظ الإجارة. قواعد الأصول تقتضي الانعقاد، ويجوز استعارة الأقوى، وهو الإجارة، للأدنى، وهو الإعارة. فالظاهر أن كلام المصنف محرف ومنقول من نسخة محرفة).

أي: عند القبض. (فثبتَتْ أحكامُه)، أي: البيع، (من الخيارات)، فيُرَدُّ بخيار الرؤية والشرط والعَيب في كلٍّ منهما، (ووجوبِ الشُّفعة)، فتُؤخَذ بالشُّفعة بشرائطها.

والحاصل: أن للهبةِ بشرط العوض جهتَين، فيُجمَع بينهما ما أمكن؛ عملًا بالشَّبَهَين، وقد أمكن؛ لأن الهبة من حكمِها تأخيرُ الملك إلى القبض، وقد يَتَراخَى عن البيع، كما في البيع الفاسد، والبيعُ من حكمه اللزومُ، والهبة قد تنقلِب لازمةً بالتعويض، فجمَعنا بينهما.

وقال زفر: هو بيعٌ ابتداءً وانتهاءً. وصورتُها أن يقول: وهبتُكَ على أن تعوِّضَني كذا؛ إذ لو قال: وهبتُكَ بكذا، فهو بيعٌ إجماعًا.

«وفي حرف الشرط كـ: وهبتُكَ كذا إن كان كذا، ينبغي بطلانُ الهبة، كالبيع»، «قهستاني»(١).

وفي «الخانية»: «المُكرَه على الهبة بشرط العِوض إذا باع يكون مُكرَهًا، والمُكرَه بالبيع إذا وهب بشرطِ العوضِ: كان مُكرَها فيه، فالإكراهُ بأحدها يكون إكراهًا بالآخَر»(٢)، انتهى. قال في «المنح»: فالظاهر أن في هذه المسألة تكون الهبةُ بشرط العوض بيعًا ابتداءً وانتهاء. وقد صرَّح به في «الفتاوى الظهيرية».

وقيَّدنا العوضَ بكونه مُعيَّنًا؛ لأنه إذا كان العوضُ المشروطُ مجهولا: يكون هبةً ابتداءً وانتهاء. ولو وهب الواقفُ الأرضَ التي شرط الاستبدالَ به، ولم يشترط العِوَضَ: لم يَجُزْ، وإن شرط العوَضَ: فهو كالبيع، انتهى.

---

(١) «جامع الرموز»، أواخر كتاب الهبة (٢/ ١٢٠).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل فيما يكون فرارا عن الربا (٣/ ٢٧٩).

[بيعُ الآبِق لا يجوز إلا لمَن يزعُم أنه عنده]

(بيعُ الآبِق لا يجوز)؛ لنهيِه عليه الصلاة والسلام عنه[١]، (إلا لمن يزعُم أنه عنده)، فيجوز بيعُه منه لزوال المانع، وهو عدمُ القدرة على التسليم. وصرَّح بفساد هذا البيع شارحُ «الوقاية»[٢] و«الدُّرَر»[٣].

وفي «البحر»: «إنه باطلٌ لانعدام المحلِّية، كالطَّير في الهواء. فلو باعَه وهو آبقٌ، فرجع من إباقه: لا يتمُّ ذلك العقد؛ لأنه وقع باطلا. وعن أبي حنيفة أنه يتم العقدُ إذا لم ينفسخ؛ لأن العقد انعقد لفساد المالية، والمانعُ قد ارتفع، وهو العجزُ عن التسليم، كما إذا أَبَق بعد البيع. وهكذا يُروَى عن محمد، و الأوَّلُ ظاهر الرواية»[٤]، انتهى.

وفي «الفتح» أن هذا مبنيٌّ على الاختلاف في أنه باطلٌ أو فاسد، ورجَّح فيه القولَ بالفساد[٥]. وقال في «المنح»: ومما يُقوِّيه صحةُ إعتاقه وتدبيره.

(و)إلا (لولدِه الصغير)، فإنه يجوز بيعُ الآبق له، (كما في «الخانية»[٦]).

وفي «الفتح»[٧] و«الزيلعي»[٨] عكسُ هذا، يعني: أنه يجوز هبتُه له، ولا يجوز

---

(١) رواه ابن ماجه في «سننه»، أبواب التجارات، باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص، برقم (٢١٩٦).

(٢) «شرح الوقاية»، كتاب البيع، باب الخيار، فصل في خيار العيب (٤/ ٣٤).

(٣) «درر الحكام»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٧١).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب البيع الفاسد (٦/ ٨٦).

(٥) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٦/ ٤٢٢).

(٦) قال فيها في كتاب الهبة، فصل في هبة الوالد لولده (٣/ ٢٧٩): «ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير: لا يجوز، وإن باع جاز».

(٧) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٦/ ٤٢١).

(٨) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٤/ ٥٠).

بيعُه، يعني: إذا لم يأبَقْ لدار الحرب، وإلا فلا يجوز هبتُه أيضًا، «منية المفتي»؛ لأن شرطَ البيع القدرةُ على التسليم عقبَ البيع، وهو منتفٍ، وما له من اليد يصلُح لقبض الهبة، لا لقبض البيع؛ لأنه بإزاء مالِ الصغير مقبوض، وذا ليس بإزائه مالٌ يخرج من مال الولد، فكفت تلك اليدُ له نظرًا للصغير؛ لأنه لو عاد: عاد بملك الصغير.

قال العلامة المقدسي: ولعل ما في «الخانية» تحريفٌ.

وفي «شرح الملتقى» للحصكفي: «ولا بيعُ الآبق ولو لطفله أو ليتيمٍ في حِجْره، ولو وهَبه لهما: جاز، ذكَره العينيُّ وغيرُه. قلتُ: وما في «البحر» و«الأشباه» تبع فيه بعضَ نُسَخ «الخانية»، وهو تحريف»[1]، انتهى.

وفي «الزواهر»: إن هذا ليس محصورًا فيما قاله المصنِّف، بل يجوز بيعُه ممن يقدر على أخذِه ولو لم يكن عنده، كما في «الجوهرة»، انتهى.

وفيه: أنه لا يرِد نَقْضًا؛ لأنه داخلٌ في الأوَّل؛ لأن العندية أعمُّ من الحضورية؛ بدليل التعليل بعدم القدرة على التسليم.

[ضابط: الشِّراء إذا وجَد نفاذًا على المُباشِر نفَذ عليه]

(الشِّراءُ إذا وجَد نَفاذًا على المُباشِر)، أي: المشتري، (نفَذ عليه). فلو اشترى حرٌّ بالغٌ شيئًا لغيره بغير أمرِه: كان ما اشتراه لنفسه، أجاز الذي اشتراه له أو لا. وإن لم يجِد نفاذًا عليه: توقَّف على إجازة مَن اشترى له، كالصبيِّ والعبد المحجور إذا اشترى شيئًا لغيرهما: فإنه يتوقَّف، فإن أُجيزَ: جاز، وتُصرَف العُهدةُ إلى المُجيز دون العاقد.

وهذا إذا أضافه العاقدُ لنفسه، ولو أضافه إلى الذي اشتراه له، بأن قال: بِعْ عبدَك هذا من فلان: فإنه يتوقَّف على إجازةِ مَن قَبِل له.

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٣/ ٨٤).

ولو قال: اشتريتُ كذا لأجل فلان، فقال البائعُ: بعتُه منكَ لأجل فلان، فقبِل المشتري: نفَذ على المشتري ولا يتوقَّف. وهذا إذا لم يسبِقْ من فلان الأمرُ ولا التوكيلُ، فلو سبَق أحدُهما، فاشترى الوكيلُ: نفَذ على الموكِّل. وإن أضاف الوكيلُ الشراءَ إلى نفسه: فتُصرَف العهدةُ إليه إن كان من أهل العُهدة، وإلا تنصرِف إلى المُوكِّل، كذا في «المنح».

(فلا يَتوقَّف شِراءُ الفُضوليِّ) لآخَر، بل ينفُذ عليه، (ولا شراءُ الوكيل المُخالِف)، فإنه لا يتوقَّف على إجازة الموكِّل، بل ينفُذ على الوكيل.

وقيَّد بالشراء؛ لأن البيع ليس كذلك؛ قال في «التنوير»: «كلُّ تصرُّفٍ صدَر من الفضولي بيعًا أو نكاحًا أو هبةً أو طلاقا، وكذا كلُّ ما صحَّ به التوكيلُ والتصرُّفُ، وله مجيزٌ، أي: من يقدر على الإجازة، سواءٌ كان تمليكًا، كالبيع والهبة والإجارة والتزويج والتزوُّج، أو إسقاطًا، كالطلاق والعتاق: انعقَد موقوفًا، وإن لم يكن له مُجيزٌ: بطَل»[(١)]، انتهى.

(ولا) يتوقَّف (إجارةُ المتولِّي أجيرًا للوقف بدرهم ودانقٍ) وإن كان أجرُ مثلِه درهمًا، فإنه غبَنٌ فاحش، وتقدَّم أن الغبن الفاحش مُقدَّرٌ بالخُمس، (بل ينفُذ عليهم)، أي: على الفضولي والوكيل والمُتولِّي.

(والوصيُّ كالمتولِّي)، فلو استأجَر (لعمل اليتيم) أجيرًا أجرُ مثلِه درهمٌ بدرهم ودانِق: نفَذ عليهم، لا على اليتيم. (وقيل: تقع الإجارةُ لليتيم)، ويرُدُّ الأجيرُ الزيادةَ على الصغير، والوقفُ مثله.

(كما في «القنية»).

---

(١) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤٢٠).

[استثناءٌ من الضابط السابق]

(إلا في مسألة)، فإن الإجارة فيها تقع للمُؤجَّر له وإن كان زيادةً على أجر المثل، وهي:

(الأميرُ والقاضي إذا استأجَرا أجيرًا بأكثرَ من أُجرة المثل)، بأن استأجَر الأميرُ للعَسْكر أجيرًا بأكثرَ من أجر المثل، والقاضي استأجَر لعمل اليتيم أجيرًا بأكثر من أُجرة مثلِه، فعمِل الأجيرُ وانقضَتْ المدَّةُ: (فإن الزيادة) على أَجر المثل (باطلةٌ، ولا تقع الإجارةُ له)، أي: للأمير والقاضي، (كما في سير «الخانية»[1]).

«ولو قال القاضي أو الأميرُ: استأجَرتُه وأنا أعلَم أنه ما ينبغي لي أن أفعَل: كان جميعُ الأجر في ماله، كالقاضي إذا أخطَأ في قضائه: كان خطؤُه على المقضيِّ له؛ وإن تعمَّد الجورَ: كان ذلك عليه»، «حموي»[2].

[فائدة: الذَّرْعُ وصفٌ في المذروع]

(الذَّرْعُ وصفٌ في المذروع)؛ لأنه عبارةٌ عن الطُّول والعَرْض. قيل: الوصفُ ما يدخُل في البيع من غيرِ ذكرٍ.

[مطلب: في الفارق بين الأصل والوصف]

وفي «النُّوحية» على «الدرر»: «الفارقُ بين الأصل والوصف أن ما يتعيَّب بالتشقيص والتبعيضِ فالزيادةُ والنقصان فيه وصفٌ، وما لا يتعيَّب فالزيادةُ والنقصان فيه أصلٌ. وقيل: الوصفُ ما لوجوده تأثيرٌ في تقوُّم غيرِه، ولعدمه

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب السير، فصل فيما يجوز لأمير العسكر أن يفعل في دار الحرب (٣/ ٥٦٣).

(٢) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٧٢).

تأثيرٌ في نقصان غيره، والأصلُ ما لا يكون كذلك»، انتهى.

والمذروعُ [وصفٌ][1] مطلقًا، سواء كان أرضًا، أو خشَبا، أو ثوبًا، أو غيرَها.
والعقد إنما يتعلَّق بالعين، لا بالصفة، فلا يُقابله شيءٌ من الثمن.

فالذرعُ صفةٌ تَحُلُّ المذروعَ وتُعيِّن قدرَه، فلا يكون أصلا بنفسه، بل هو وصفٌ للثوب مثلا، والأصل أنَّ تعيُّن الصفة لغوٌ، فتلغُو في الحاضر، بخلاف الكيل في المكيلات، فإنه أصلٌ بنفسه؛ لأن الصُّبرة تَحُلُّ في الكيل، فيصير كلُّ صاعٍ منها أصلا بنفسِه كأنه بيع بمفرده.

فإن باع صُبرةً، كلَّ صاعٍ بكذا: صحَّ في قفيز واحد، إلا أن يُسمِّي جُملتَها في المجلس، وللمشتري الفسخُ بالخيار، وإن كِيلتْ أو سُمِّي جملتُها: لا يصح لو زالتْ الجهالةُ بعد ذلك؛ لتقرُّر المفسِد، وقالا: يصحُّ مطلقًا. وظاهر «الهداية» ترجيحُ قولهما[2]، ورجَّحه في «الخلاصة»[3]. فإن سمَّى جملةَ قُفْزَانها، كما لو باعها على أنها مائةُ قفيزٍ بمائةٍ، وهي أقلُّ أو أكثر: يُخيَّر المشتري، إن شاء أخذ الأقلَّ بحصته أو فسَخ، وما زاد للبائع. وإن باع المذروعَ على أنه مائةُ ذراع، كلُّ ذراعٍ بكذا: أخذ المشتري الأقلَّ بكلِّ الثمن أو فسَخ، وأخَذ الأكثرَ بلا خيارٍ للبائع، لما مرَّ.

وهذا إذا لم يكن المبيعُ مشاهَدًا له، فإن كان مشاهدًا: انتفى الغرَرُ، فلا خيارَ، كما حرَّره في «النهر»[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة لتصحيح العبارة.

(٢) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب البيوع (٦/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨).

(٣) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الثالث فيما يجوز بيعه، الجنس الرابع في الحنطة والدقيق (٣/ ٣٢).

(٤) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع (٣/ ٣٥٠).

وإن قال: كلُّ ذراعٍ بدرهم، أخذ الأقلَّ بحصته من الثمن أو ترك، وكذا الزائدُ؛ لأن الذرعَ وإن كان وصفًا، إلا أنه لما أُفرِد بثمن صار أصلا، وارتفع عنه التبَعية، فنُزِّل كلُّ ذراع منه منزلةَ ثوبٍ، فإذا وجَدها ناقصا: خُيِّر؛ لأنه لو أخَذها بكل الثمن لم يكن أخَذ كلَّ ذراع بدرهم، ولو وجدها زائدةً: لم تُسلَّم له؛ لصيرورتها أصلا، ولهذا خُيِّر دفعًا لضرَر الالتزام.

قال الأكمل: «وفيه بحثٌ من وجهَين:

الأوَّل: أن كلَّ ذراعٍ إن(١) كان بمنزلة ثوبٍ على حِدَة: فسَد البيع إذا وجَدها أكثر، كما لو كان العقد واردًا على عشرةٍ، فوُجِدت إحدى عشرة أو تسعة، على ما سيأتي.

وأما الثاني: فهو أن المذروع لو كان أصلا بإفراد ذكرِ الثمن: امتنع دخولُ الزيادة في العقد، كما إذا باع صُبرةً على أنها عشرةُ أقفِزة، فإذا هي إحدى عشرة، فإن الزيادة لا تدخُل إلا بصفقةٍ واحدة على حِدَة، وقد تقدَّم، وههنا دخَلتْ في تلك الصفقة.

والجوابُ عن الأوَّل: أن الأثوابَ مختلفةٌ، فتكونُ العشَرةُ المجهولةُ جهالةً تُفضي إلى المُنازعة، والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك.

وعن الثاني: بأن الذراع الزائدَ لو لم يدخُل كان بائعًا بعضَ الثوب، وفسد البيعُ، فحكَمنا بالدخول تحرِّيًا للجواز، والقفيزُ الزائد ليس كذلك»(٢)، انتهى.

ويظهر أثرُ كونه في المكيل أصلا وفي الموزون وصفًا في مواضع، منها ما تقدم، ومنها:

---

(١) في النسخ: (وإن)، والمثبت من «العناية».

(٢) انظر: «العناية»، كتاب البيوع، بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة (٦/ ٢٧٤).

لا يجوز التصرُّف في المكيل والموزون قبل الكَيلِ والوزن، بخلاف المذروع؛ لأنه لما كان وصفًا لم يلزم اختلاطُ المبيع بغيره؛ لأن الكلَّ للمشتري زادَ أو نقَص، بخلاف الكيليِّ والوزَني، فإنه يلزم الاختلاطُ إذا زاد المبيع؛ لأن الزائد للبائع.

ومنها: أن بيعَ الواحد بالاثنين لا يجوز في الكيليِّ والوزني، بخلاف المذروع.

[استثناءٌ من الفائدة السابقة]

وقوله: (إلا في الشهادة)، فإن الذرعَ ليس وصفًا فيها. فلو شهِدا به، فبان بخلافه: لا تُقبَل.

(و)إلا في (الدَّعوى[1])، فلو ادَّعى به، فبانَ بخلافه: لا يُقبل، (كذا في) دعوى («البزازية»[2]).

[فائدة: المقبوض على سَوْم الشراء مضمونٌ، وعلى النظر لا]

(المقبوضُ على سَوم الشراء)، الإضافةُ بَيانية، كما في «الدرِّ المختار»[3]، (مضمونٌ) بقيمته إن كان قِيميًّا، وبمثله إن كان مِثليًّا، إذا كان القبضُ بعد تسمية

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إلا في الشهادة والدعوى؛ فإنهما إذا شهدا بوصف، فظهر بخلافه: لا تقبل. ولو ادعى به، فبان بخلافه: لا تقبل. وهذا لا ينافي ما في «الحموي» عن «البزازية»، ونصه: «ولو ادعى حديدا مشارا إليه، وذكر أنه عشرة أمناء، فإذا هو عشرون أو ثمانية: تقبل الدعوى والشهادة»، انتهى. ووجه القبول: أنه عند الإشارة لا عبرة بالتسمية، وأنه من قبيل المقادير، لا الأوصاف، فهو غير ما في المصنف، فتأمل، فلا يحتاج لمراجعة، خلافا للحموي).

(٢) الذي في «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض، نوع من الخامس عشر في أنواع الدعاوى (٥/ ٤٢١): «قولهم: الذرع وصف، فيلغو في الحاضر، ذلك في الأيمان والبيع، لا في الدعوى والشهادة، فإنهما إذا شهدا بوصف، فظهر خلافه: لا يقبل».

(٣) لم أجده في «الدر المختار».

الثمن، على ما عليه **الفتوى**، ولو شرط المشتري عدمَ ضمانه، كما في «البزازية»[1].

ولو تعيَّب عند المشتري: خُيِّر البائعُ بين إمضاء البيع وفسخِه، وأخذِ النقصان في غير المثليِّ؛ لشُبهة الرِّبا، كما في «الحدادي».

وقال الطرسوسي: إنه لا بدَّ من ذكرِ الثمن من جانب المشتري. أما من البائع وحده، فلا ضمان. ونقل تأييدًا لما قاله فروعًا، منها ما قال الفقيه في «العيون»: أخذ ثوبًا، فقال: اذهَبْ به، فإن رضيتَه اشتريتَه، فضاع بيده: لم يلزَمْه شيءٌ. وإن قال: إن رضيتَه اشتريتَه بعشرة، ضمِن قيمتَه.

وفي «القنية»: قال: إن هذا الثوب بعشرة، فقال: هاتِه حتى أنظُرَ إليه، فأخَذه وضاع: لا شيءَ عليه. ولو قال: هاتِه، فإنْ رضيتُه أخذتُه بعشرة، فضاع: فهو على ذلك الثمن. فجعل ذكرَ البائع وحده ليس موجِبًا للضمان.

وردَّه في «البحر» وحكَم بخطَئِه، وقال: «إن بيان الثمن من جهة البائع وحده إذا أخَذه المشتري بعده كافٍ لوجوب الضمان، كما في «الظهيرية».

وقال في «الخانية»: «رجلٌ طلب من رجل ثوبا ليشتريَه، فأعطاه البائعُ ثلاثةَ أثواب، فقال: ذا بعشرةٍ وذا بعِشرين وذا بثلاثين، فحمَل الثياب لمنزلِه، فهلكت عنده: قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل: إنْ هلَك الكلُّ جملةً أو على التعاقُب، ولا يدري الذي هلَك أوَّلا: ضمِن المشتري [ثمنَ ثلث][2] كلِّ ثوب، وإن عرَف الأوَّل: لزمه ثمنُ ذلك الثوب، والثوبان أمانةٌ عنده. وإن هلَك ثوبان وبقي الثالثُ:

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الثاني فيما يكون بيعا، نوع في المقبوض على السوم (٤/ ٣٦٧).

(٢) كذا في (خ) و(م). وفي (ع) و«الخانية»: (ثمن).

يَرُدُّ الثالثَ؛ لأنه أمانةٌ، ويلزمه ثمنُ نصفِ كلٍّ من الثوبَين. وإن بقي اثنان: ردَّهما وثمنَ الهالك»[١].

فهذا صريحٌ في أن بيان الثمن من البائع يكفي للضمان»[٢]، انتهى.

وردَّه المقدسي في «شرح نَظْم الكنز» بأنه لم يدرِ مرادَ الطرسوسي، فإن مرادَه أنه لا بد من بيان الثمن من الجانبَين حقيقةً أو حكما. أما الأوَّل، فظاهرٌ. وأما الثاني، فبأنْ يُسمِّي أحدُهما، ويصدُرَ من الآخَر ما يدلُّ على الرضا، كما في قوله: هاتِه، فإنْ رضيتَه أخذتُه بعشرة، فإن تسليمَه بعد قوله المذكورِ دليلٌ على الرضا، بخلاف قوله: حتى أنظُرَ فيه، فإنه لم يوافِقْه على ما سمَّى، بل جعَله مُغَيًّا بالنظر وأعرَض عما سمَّى. وجميع ما ذكروه، وفيه تسميةُ أحدهما، وحكَموا بالضمان: فهو من القسم الثاني عند التأمُّل. ومن نظر عبارةَ الطرسوسي وجدها تؤدِّي ما ذكرناه.

قال العلامة عمرُ بن نجيم في «مختصر أنفع الوسائل» بعد أن نقَل كلامَ أخيه[٣] وارتضاه: «ومما سبَق عُلِم أن المسألة لا تخلو: إما أن يُبيِّن الثمنَ أو لا، وفي كلٍّ: إما هلَكتْ أو استهلكَها، وأنه مع عدم البيان لا شيءَ عليه في الهلاك، ومع البيان تجب القيمةُ. وما في بعض العبارات من ذكر الثمن فالمرادُ به القيمة»، انتهى.

وفي «البحر»: «الظاهر من كلامهم أنه لا فرقَ بين الهلاك والاستهلاك، وما ذكره الطرسوسي أنه مع الاستهلاك مضمونٌ بالثمن ليس بصحيح، وكذا لو استهلكه وارثُ المشتري بعد موت المشتري»[٤]، انتهى. وفيه كلامٌ من «مختصر أنفع الوسائل».

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأيمان، فصل في الكلام والقراءة (٢/ ١٠٢).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب الإقالة (٦/ ١١).

(٣) كذا في بعض النسخ. وفي (خ): (كلاما فيه).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب الإقالة، من يملك الإقالة (٦/ ١٢).

ثم قال الطرسوسي: «وينبغي أن لا يُزادَ في القيمة على المسمَّى، كما في الإجارة الفاسدة»، انتهى. قال في «النهر»: «وفيه نظرٌ، بل ينغبي أن تجب بالغةً ما بلغت، كما صرَّحوا به في البيع الفاسد»[١]، انتهى. ومثله في «مختصر أنفع الوسائل». وفي «الفتح» في باب الوقف: «إن الطرسوسيَّ بعيدٌ عن الفقه»[٢].

وفي «القهستاني»: «السَّومُ من المشتري الاستيامُ، ومن البائع العَرْضُ على البيع مع بيان الثمن، فتفسيرُه بالعَرض على البيع لا ينبغي من وجهَين:

أحدهما: أنه من البائع، وما نحن فيه من المشتري.

والثاني: الاكتفاءُ بجزء المعنى»[٣].

وفي «جامع الفصولين»: «المقبوضُ على سوم الرهن مضمونٌ بالأقلِّ من قيمته ومن الدَّين»[٤] إن بُيِّن ما يُرهَن به في **الأصحِّ**، غير أن المقبوض على سَوم الرهن مضمونٌ بالمسمَّى، لا بالقيمة؛ لأن ضمان الرهن ضمانُ استيفاء، وضمان البيع ضمانٌ مبتَدأٌ يجب بالعقد، فيكون مضمونًا بالقيمة عند تعذُّرِ إيجاب المسمَّى.

والمقبوض على سوم القرضِ مضمونٌ بما ساوَمَ[٥] من القرض.

---

(١) «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (٣/ ٣٧٠).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الشركة، فصل: لا يؤدي أحد الشريكين زكاة مال الآخر (٦/ ٢٠٠).
وعبارته: «ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوسي، شنع بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والإسلام سببا للحرمان، وهذا للبعد من الفقه».

(٣) انظر: «جامع الرموز»، كتاب البيع، فصل خيار الشرط (٢/ ١٤).

(٤) انظر: «جامع الفصولين»، أواخر الفصل الثلاثين في التصرفات الفاسدة وأحكامها (٢/ ٥٨).

(٥) في النسخ: (يساويه)، والمثبت من «جامع الفصولين» (٢/ ٥٩).

والمقبوضُ على سوم النكاح مضمونٌ، حتى لو قبض أمةَ غيره ليتزوَّجَها بإذن سيِّدِها، فهلكَتْ في يده: ضمِن قيمتَها.

وفي «الخانية»: «الوكيلُ بالشراء إذا أخذ ثوبًا على السَّوم، فلم يرضَ به الموكِّل وهلك في يد الوكيل: ضمن قيمتَه من ماله، ولا يرجع بها على الموكِّل إلا بأمره بذلك»[١]، كما في «النهر»[٢].

«وفي «المحيط»: المقبوض على سوم البيع مضمونٌ بالقيمة إن بيَّن ثمنَه، ما لم يتَّفِقا على المسمَّى، فمضمونٌ بالمسمَّى»، كما في «البيري»[٣].

(لا المقبوضُ على سوم النظَر)، فإنه أمانةٌ لا يُضمَن به شيءٌ، (كما في «الذخيرة»[٤])، وقد مرَّ.

[فائدة: تكرارُ الإيجاب مبطلٌ للإيجاب الأوَّل، إلا في العتق والطلاق]

(تكرارُ الإيجاب مبطِلٌ للإيجاب الأوَّل)، فلو قال: بعتُكَ هذا بألف درهم، ثم قال بعده قبل القبول: بعتُكَه بمائة دينارٍ، فقال المشتري: قبِلتُ، انصرَف القبولُ إلى الإيجاب الثاني.

(إلا في العتق والطلاق على مالٍ). فلو قال لعبده: أنت حُرٌّ على ألف درهم، أنت حرٌّ على مائة دينار، فقبِل العبد: لزِمه المالان. ولو طلَّق امرأته كذلك: فعليها المالان.

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، كتاب البيع (٢/ ١٣١).

(٢) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (٣/ ٣٧٠).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١).

(٤) انظر: «الذخيرة»، كتاب البيوع، الفصل الأول فيما يرجع إلى انعقاد البيع (٩/ ١٩٩).

والفرق: أن الإيجاب الثاني رجوعٌ عن الأوَّل، والبائعُ قبل القبول يصِحُّ رجوعُه، فإذا صحَّ: له أن يُبطِله، بخلاف رجوع المولى عن إيجاب العتق، وكذا المطلِّق؛ لأنه تعليقٌ، والتعليقاتُ لا يعمَل الرجوعُ فيها، فانصرف القبولُ إليهما، (كذا في بيع «الذخيرة»[1]).

وفي «المنظومة المجيبة»:

وكلُّ عقدٍ بعد عَقدٍ جُدِّدا   فأبطِلِ الثَّاني فإنه سُدَى
فالصُّلحُ بعد الصلح أضحَى باطِلا   كذا النكاحُ ما عدا مسائِلا
منها الشِّرا بعد الشراءِ صحَّحوا   كذا الكفالة على ما صرَّحوا
إذ المرادُ صاح في التحقق   منها إذا زيادة التوثُّق

[ضابط: العقود كلُّها تعتمِد صحَّتُها الفائدةَ]

(العقودُ كلُّها تعتمِد صحتُها الفائدةَ)، أي: إنما تصِحُّ إذا كانت لفائدةِ العقد، (فما لا يفيد منها لا يصح).

(فلا يصحُّ بيعُ درهمٍ بدرهم استوَيا وَزْنًا وصفةً)؛ لعدم الفائدة؛ لأن المقصود في البيع الملكُ، ولم يملك شيئا زائدًا عما كان يملكه، (كما في «الذخيرة»[2])، بخلاف ما إذا اختلفا في الوزن أو الصفة.

ولا تصحُّ إجارةُ ما لا يُحتاج إليه، كسُكنَى دارٍ بسُكنى دارٍ، لعدم الفائدة؛ لأن

---

(١) انظر: «الذخيرة»، كتاب البيوع، الفصل الأول فيما يرجع إلى انعقاد البيع (٩/ ٢٠٤).

(٢) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب البيوع، الفصل السادس في بيان ما يجوز بيعه وما لا يجوز، نوع في بيع الدين بالدين وبيع الأثمان (٩/ ٣٣٨).

المقصود من الإجارة الانتفاعُ، جُوِّزتْ على خلاف القياس للضرورة، ولا ضرورةَ في ذلك.

[فائدة: يملِك المُشتري المبيعَ بيعًا فاسدًا بقبضِه]

(إذا قبَض المشتري المبيعَ بيعًا فاسدًا) برضَى بائعه صريحًا أو دلالة، بأن قبَضه في مجلس العقدِ، وهو يراه ولم يَنْهَه البائعُ عنه، ولم يكُنْ فيه خيارُ شرط: (ملَكه) عندنا مِلكًا خبيثًا. فإن كان المبيعُ أمةً، فردَّها على البائع: فعليه الاستبراءُ. وإذا مَلكه، وهلَك أو تعذَّر ردُّه: لزمه قيمتُه إن كان قِيميًّا، ومثلُه إن كان مِثليًّا يومَ قبضه، فقبلَ القبضِ لا يملكه.

لا يقال: إذا لم يُفِدْ الملكَ قبل القبض فلا يفيدُه بعده، كالخيار، فإنه يمنَع الملكَ قبل القبض، فكذا بعده. وأيضًا لو أفاد الملكَ بعد القبض لكان تقريرًا للفساد، وهو باطل.

قلنا: لا نُسلِّم المُلازمة في الأوَّل، وخيارُ الشرط إنما استوى فيه القبضُ وعدمُه؛ لتعلُّق الملك فيه بسقوط الخيار معنًى، **والمُعلَّقُ بالشرط معدومٌ قبل وجوده**، وتعلُّقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبضِ وعدمه، فلم يلزم أن يكون الشيءُ مع غيره كالشيء لا مع غيره؛ لأن الشرط أهدَر الغير، يعني: القبضَ، كما في «المنح»، ومع ذلك ملَكه مِلكًا خبيثًا.

«فيلزم كلَّ واحد منهما فسخُه قبل القبض وبعده ما دام المبيعُ بحاله عند المشتري. هذا إذا كان الفسادُ في صُلب العقد[1]، كبيع درهمٍ بدرهمَين. وإن كان

(١) أراد به الفساد في أحد العوضين، كما في هامش (خ) نقلا عن «الدر المنتقى».

بشرطٍ زائدٍ، كأن يهدِيَ المشتري له هديةً، فكذا قبل القبض. وأما بعده، فالفسخ لمن له الشرطُ، لا لمن عليه»، «ملتقى»[١].

ولا يشترَط فيه قضاءُ القاضي. وإذا أصرَّ على إمساكه، وعلِم به القاضي: فله فسخُه جَبْرًا عليهما؛ حقًّا للشرع.

«**وكلُّ بيعٍ فاسدٍ ردَّه المشتري على بائعه بوجهٍ ما**، ولو بهبةٍ أو إعارة، **ووقَع في يد بائعه: فهو مُتارَكةٌ**، وبرِئ المشتري من ضمانه»، كما في «التنوير»[٢]. ولا يأخُذه البائعُ بعد الفسخ حتى يرُدَّ ثمنَه. فإن مات البائعُ: فالمشتري أحقُّ به، حتى يأخُذ ثمنه بعينه لو قائمًا؛ لتعيُّنِ الدراهم في البيع الفاسد في **الأصحِّ**.

فإن قيل: إذا سلَّم البائعُ المبيعَ للمشتري في البيع الفاسد: ينبغي أن ينعقِد البيعُ بينهما بالتعاطي، فيسقُط حينئذ وجوبُ الفسخ.

وأُجيب بأن «انعقاد البيع بالتعاطي إنما يكون إذا كان التسليمُ بناءً على عقد فاسد»، كما في «جامع الفصولين»[٣].

واحترز بقوله: فاسدًا، عن المبيع باطلًا؛ لأنه أمانةٌ إذا قبَضه بإذن بائعه. وقيل: مضمونٌ. وفي «الاختيار» أن الأوَّل قولُ الإمام، والثاني قولهما[٤]، وفي «الدرر» أن

---

(١) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب البيوع، فصل في حكم البيع الفاسد (٣/ ٩٦).

(٢) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤١٨). قال في «الدر»: «والأصل أن المستحَق بجهة إذا وصل إلى المستحِق بجهة أُخرى اعتُبِر واصِلًا بجهة مستحقة إن وصل إليه من المستحَقّ عليه، وإلا فلا».

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل الأربعون في خلل المحاضر والسجلات (٢/ ٢٥٢).

(٤) «الاختيار لتعليل المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ٢٣).

الفتوى على الثاني[١]، وفي «القهستاني»: «وهو الصحيح، على ما ذكره السرخسي وحكاه قاضي خان»[٢].

واعلم أن المشتريَ شراءً فاسدًا يطيب ربحُ ثمنه بعد التقابُض للبائع، ولا يطيب للمشتري ربحُ مبيعه[٣]، فيتصدَّق به. وهل التخليةُ في البيع قبضٌ أو لا؟ في «العمادية»: لا، وفي «العتابية» ما يشير إلى أنها قبضٌ.

[مسائل مُستثناةٌ من الفائدة السابقة]

(إلا في مسائل)، فإنه لو قبَض المبيع فاسدًا فيها: لا يملكه بالقبض.

[الأُولى: لا يملِك المقبوضَ في بيع الهازل]

المسألة (الأُولى: لا يملِكه في بيع الهازِل)، وهو الذي لم يقصُد باللفظ معناه الحقيقيَّ ولا المجازيَّ، ضِدُّ الجِد. وشرطُه: أن يكون صريحًا مشروطًا باللسان قبل العقد. ولا يُشترَط ذكرُه في العقد، بخلاف خيار الشرط. فإذا تواضَعا على الهزل: ينعقِد فاسدًا غيرَ موجِبٍ للملك، وإن اتصل به القبضُ؛ لانعدام الرضا بالملك، لأن الهزل بمنزلة خيار المتبايعَين في عدمِ اختيارهما الحكمَ بالهزل والشرط، وهو لا يثبُت به الملك بالقبض، فيتوقَّف على اختيارهما رفعَ الهزل والشرط.

وفي «القُنية»: «إن بيعَ التلجِئَة باطلٌ». فعليه، لا يصحُّ استثناءُ هذه المسألة،

---

(١) قال فيه في كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٦٩): «وقيل يكون مضمونا؛ لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء، وهو أن يسمي الثمن، فيقول: اذهب بهذا، فإن رضيت به اشتريته بما ذكر. أما إذا لم يسمه، فذهب به فهلك عنده: لا يضمن. نص عليه الفقيه أبو الليث، قيل: وعليه الفتوى، كذا في «العناية».

(٢) انظر: «جامع الرموز»، كتاب البيع، فصل البيع الفاسد (٢/ ٣٤).

(٣) قوله: ربح مبيعه، أي: المتعين، بأن باعه بأزيد مما اشتراه. كذا في هامش (خ).

وهو مشكِلٌ؛ لأن الفرق بين البيع الفاسد والباطل بعدم مشروعية الأصل والوصف في الثاني، وعدم مشروعية الوصف في الأوَّل: تُؤذِن بأن البيع المذكور فاسدٌ، لا باطلٌ؛ لأنه بيعُ مالٍ بمالٍ بمنزلة الخيار.

وأُجيب بأن مرادَه بالباطل الفاسد؛ لأنهما لو أجازَاه: جاز، ولو كان باطلا لما لحِقَتْه الإجازة.

وأُورد: أنه لو كان فاسدًا لكان القولُ لمن يدَّعي الفسادَ لو اختلفا، مع أن القول فيه لمدَّعِي الصحةِ، فدلَّ على أنه باطلٌ؛ لما سيجيء أنهما **لو اختلفا في الصحَّة والبطلان: فالقولُ لمن يدَّعي الصحَّة، ولو في الفساد والصحَّة: فالقولُ لمن يدَّعي الفسادَ.**

وأُجيب بأن في بعض كتب الأصول: القولُ لمُدَّعي الهزلِ عندهما، وعنده: لمُدَّعي الصحَّة، وفي «المنار»: «إن تواضَعا على الهزل بأصلِ البيع، واتفقا على العقد على المُواضَعة: يفسُد البيع. وإن اتفقا على الإعراض عن المُواضَعة: فالبيعُ صحيحٌ لازم والهزلُ باطل. وإن اتفقا على أنهما لم يحضُرْهما شيءٌ، واختلفا في البناء على المواضَعة والإعراض: فالبيع صحيحٌ عند أبي حنيفة، خلافا لهما»[1].

والأقسام كثيرةٌ بُيِّنتْ في «المنار» من فصل الهزل.

[الثانية: اشترى الأبُ المبيعَ فاسدًا من ماله لابنه الصغير: لا يملِكه بالقبض]

المسألة **(الثانية: لو اشتراه)**، أي: المبيعَ فاسدًا، **(الأبُ من ماله لابنه الصغير، أو باعه له كذلك)**، أي: من ماله بيعًا فاسدًا: **(لا يملِكه)**، أي: المبيع، **(بالقبض حتى يستعمِله، كذا في «المحيط»)**. فأفاد أن القبضَ لا يستلزم الاستعمال،

(١) «المنار» مع «شرح ابن الملك» (ص ٣٦٠).

بخلاف العكس، والمقصودُ كفاية الاستعمال، لا القبضُ المجرَّد[١].

[الثالثة: لا يملك المشتري المبيعَ فاسدًا بقبضِ الأمانة]

المسألة (الثالثة: لو كان) المبيعُ فاسدًا (مقبوضًا في يد المشتري أمانةً)، أي: قبضَ أمانة، (لا يملِكه به)، أي: بذلك القبض، (المشتري)؛ لأن قبض الأمانة لا يُعتبَر نائبًا شرعًا عن قبض المبيع.

ونظر فيه في «معين المفتي»، فقال: «أقول: لا ينبغي أن تكون الثالثةُ داخلةً بحسب الأصل المذكور، فلا يصح استثناؤها؛ لأن الكلام إنما هو في المقبوض بحكم البيع الفاسد بإذنِ البائع، والأمرُ فيها ليس كذلك»[٢]، انتهى.

[فائدة: تثبُت أحكامُ الملك كلُّها للمشتري في المقبوض فاسدًا]

ثم (إذا قبض) المشتري (المبيعَ في) البيع (الفاسد بإذن بائعه) صريحًا أو دلالةً: (ملَكه)، كما مر، وأعاده لقوله: (وتثبُت أحكامُ الملك كلُّها)، فله بيعُه، فإذا باعه: صحَّ، وإعتاقُه، وهبتُه، ووقفُه، ورَهنُه، والإيصاءُ به، وهذا «إذا كان الفساد بغير الإكراه»، كما في «التنوير»[٣]، وسقَط حينئذ حقُّ الفسخ لتعلُّق حقِّ العبد به.

ولو بنَى في دارٍ اشتراها فاسدًا، أو غرَس: سقَط حقُّ الردِّ، وعليه قيمتُها، وقالا:

---

(١) كذا في النسخ. وقال الحموي (٢/ ٢٧٥): «أقول: يلزم من الاستعمال القبض، ولا يلزم من القبض الاستعمال. وإذا كان كذلك فالقبض يكون قبل الاستعمال، والمقصود من العبارة أن القبض بمجرده لا يكفي».

(٢) «معين المفتي»، بداية كتاب البيع (ص ٣١٨).

(٣) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤١٨).

لا يسقُط، ويُنقَض البناءُ والغرسُ وتُردُّ، ورجَّحه الكمال[١]، وتعقَّبه في «النهر»[٢].

[مسائل مُستثناةٌ من الفائدة السابقة]

(إلا في مسائل)، فإنه لا يثبُت فيها أحكامُ الملك:

(الأُولى: لا يحِلُّ له)، أي: للمشتري شراءً فاسدًا، (أكلُه)، أي: المشترَى، (ولا لُبسُه)، وإن ثبت فيه الملكُ، (ولا) يحلُّ له (وطؤُها لو) المبيعةُ (جاريةً).

وفي «فصول العمادي»: قيل: يحرُم عليه وطؤها، وقيل: يُكرَه، ولو حبَلَتْ منه تصير أمَّ ولدٍ، وعليه قيمتُها، لا عُقرُها.

«وهل إذا زوَّجها يحِلُّ للزوج وطؤُها؟ الظاهر: نعم. وهل يطيب المهرُ للمشتري؟ فيه تردُّدٌ»، «حموي»[٣]. وقد مرَّ أن الرِّبح لا يطِيب للمشتري.

(ولو وطِئَها: ضمِن عُقرَها) إذا لم تَعْلِق منه، وإن علِقَتْ: ضمِن قيمتَها، وفي العُقْر روايتان، عند أبي حنيفة: لا عُقرَ، وعندهما: يسقُط من الثمن بقدر العُقرِ، وإن كانت بِكرًا: أُسقِط بقدر البكارة عنده، وعندهما: يُنظَر إلى النقصان وإلى العقر، فيجب الأقلُّ، كما في «التاتارخانية»[٤].

«ولو اشتراها مع عبدٍ، فوطِئها، فظهر به عيبٌ: فإن شاء ضمَّن المشتري قيمةَ الجارية يومَ قبضِها، وإن شاء أخذها، وليس له أن يُضمِّنه النقصانَ إن كانت بكرًا، ولا العقرَ إن كانت ثيِّبًا؛ لأن الوطء حصَل في الملك»، «خانية»[٥].

وفي «مجموع النوازل»: أنه يضمن نقصانَ البكارة.

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، فصل في أحكام البيع الفاسد (٦/ ٤٧٣).

(٢) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٣/ ٤٤٤ ـ ٤٤٥).

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٧٥).

(٤) انظر: الفتاوى التاتارخانية»، كتاب البيوع، الفصل التاسع في أحكام البيع الفاسد (٨/ ٤٥٦ ـ ٤٥٧).

(٥) قال في «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في البيع الموقوف (٢/ ١٧٤ ـ ١٧٥): «ولو =

والخامسة: (لا شُفعةَ لجارِه)، أي: المشتري شراءً فاسدًا، ولو خليطًا، لو كان البيعُ فاسدا؛ (اعتبارًا) لكونه على شرف الفسخ والاسترداد، حتى لو أسقط الفسخَ، بأن بنى المُشتري فيها: يثبُت حقُّ الشفعة.

(والخامسة)، صوابُه: والسادسة، (لا يجوز أن يتزوَّجها)، أي: الأمَة المبيعة فاسدًا، (البائعُ من المشتري) بعد القبض، ولو قبل القبض: لم يجز[١]، «قنية»، (كما ذكرناه في «الشرح»[٢])؛ لأنه يصير ناكِحًا أمتَه، لأنه بصدَد أن تعُودَ إليه نظرًا لوجوب الفسخ.

«قيل: يُشكل عليه ما في «الجوهرة»: «لو سرَق البائعُ المبيعةَ بعد قبضه: قُطِع»، فإنه يقتضي أنه لم يبقَ فيها ملكٌ ولا شُبهة. وقولهم بعدم صحة نكاحِها منه يقتضي بقاءَ الملك أو شُبهتُه»[٣]، انتهى.

= اشترى عبدا بجارية، وتقابضا، ومشتري الجارية وطئ الجارية، ثم وجد مشتري العبد بالعبد عيبا فرده: تخير، إن شاء رجع على مشتري الجارية بقيمتها يوم قبضه، وإن شاء أخذ الجارية ولا يضمنه النقصان إن كانت بكرا، ولا العقر إن كانت ثيبا؛ لأن مشتري الجارية وطئ ملك نفسه، فلا يلزمه العقر ولا النقصان». وبهذا يتبين ما في نقل المؤلف.

(١) في النسخ: (جاز). والاستدراك من هامش (خ)، قال فيه: (قوله: جاز. صوابه لم يجز بالأولى. ثم راجعت «القنية»، فوجدت ما نصه: اشترى جارية شراء فاسدا، فزوجها البائع إياه قبل القبض، يصح، انتهى. وهو كلام صحيح لا غبار عليه. وبه علم أن في كلام الشارح تحريفا وسقطا، فتنبه. ونعوذ بالله من هذا الشرح والناسخ، انتهى).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب البيع الفاسد، فصل في أحكام البيع الفاسد (٦/ ١٠١).

(٣) انظر: «البحر الرائق» (٦/ ١٠١).

وفرَّق بينهما المقدسي بأنَّ تزوُّجَ البائع لها من المشتري تقريرٌ للعقد على الفساد، وهو مأمورٌ برفعه، وسرِقَةُ البائع المبيعَ لما كان خُفيةً بغير علم المشتري: لم يُجعَل ذلك فسخًا للبيع ولا شُبهةً في إسقاط الحد؛ لأنه لا يسقُط بأيِّ شبهة، وإلا لانسدَّ بابُ الحدود[1].

وإذا تزوَّج المبيعةَ فاسِدًا، ثم تفاسَخا البيعَ، هل يبطُل النكاح؟ قال في «السراج»: لا يبطُل، وما في «الولوالجية» أنه يبطُل محمولٌ على ما إذا كان قبل القبض، فليُحرَّر.

[فائدة: في اختلاف المُتبايعَين في الصحَّة والبُطلان، والصحَّةِ والفساد]

(ولو اختلف المُتبايعان في الصحَّة والبُطلان: فالقولُ لمُدَّعي البُطلان)؛ لأنه مُنكِرٌ للعقد، (كما في «البزازية»[2]).

(و)إذا اختلفا (في الصحَّة والفساد: فالقولُ لمُدَّعي الصحَّةِ)؛ لأنه معترِفٌ بأصل العقد. لا يقال: مدَّعي الفساد منكرُ الصحةَ. قلنا: كلٌّ منهما ينكِر وصفًا، فهما متساوِيان، لكن منكِرُ الصحةِ يدعي حقَّ الفسخ، وخصمُه ينكر ذلك، فهو المنكِر حقيقةً.

---

(١) ويمكن أن يجاب عما في «الجوهرة» بما قاله في «البحر» (٦/ ١٠١): «والظاهر أنه قاله تفقها من عنده، لا على أنه نقل المذهب، فإنه قال: «ومن فوائد قولِه: ملكه، أنه لو سرقه البائع بعد قبض المشتري: قطع به، والله أعلم بالصواب».

(٢) عبارة «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في اختلاف البائع والمشتري (٤/ ٤٩٤): «ولو ادعى أحدهما صحة العقد والآخر بطلانه، بأن ادعى البيع بالميتة: فالقول لمدعي البطلان؛ لأنه منكر للعقد؛ لأن البيع بالميتة باطل».

(كذا في «الخانية»[١]).

لكن في «البيري» عنها: «إن كان مُدَّعي الفسادِ يدَّعيه بشرطٍ فاسدٍ أو أجلٍ فاسد: فالقولُ لمُدَّعي الصحة[٢]، وإن كان لمعنى في صُلْبِ العقد، كأنْ ادَّعى أنه اشتراه بألفِ درهمٍ ورطلِ خمرٍ، والآخَرُ يدَّعي أنه اشتراه بألفِ درهم: فيه روايتان؛ ظاهرُ الرواية: القولُ لمُدَّعي الصحَّة، والبيِّنةُ لمُدَّعي الفساد، كالوجه الأول، وفي رواية: القولُ لمُدَّعي الفساد»[٣]، انتهى.

[مسألة: ادَّعى المشتري البيعَ من البائع بأقلَّ قبل نقدِ الثمن، والبائعُ يدَّعي الإقالةَ]

(إلا في رواية) ذكَرها (في إقالة «فتح القدير»[٤]، وهي: لو ادَّعى المشتري أنه باع المبيعَ من البائع بأقلَّ من الثمن) الذي اشتراه به (قبل نقدِ الثمن، وادعى البائعُ الإقالةَ)، أي: إقالةَ المبيع: (فالقولُ للمشتري، مع أنه يدَّعي الفسادَ)، والبائعُ يدَّعي الصحة؛ لأن الإقالة لا تكون في غيرِ الصحيح، فعلى ما مرَّ كان ينبغي أن يكونَ القولُ قولَ البائع.

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٣٧). وما ذكره عن البيري هو الموافق لما في «الخانية».

(٢) والبينة بينة مدعي الفساد باتفاق الروايات. «بيري».

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٦).

(٤) قال فيه في كتاب البيوع، آخر باب الإقالة (٦/ ٤٩٤): «ولو اختلف البائع والمشتري، فقال المشتري: بعتُه من البائع بأقلَّ من الثمن الأوَّل قبل نقده وفسد البيع بذلك، وقال البائع: بل أَقَلْنا به، فالقولُ للمشتري مع يمينه في إنكار الإقالة. فإن كان البائع هو الذي يدعي أنه اشتراه من المشتري بأقل مما باعه، والمشتري يدعي الإقالة: يحلَّف كلٌّ على دعوى صاحبه».

(ولو كان على القَلْب)، بأن ادَّعى البائعُ أنه اشتراه من المشتري بأقلَّ مما باعه، وادَّعى المشتري الإقالة: (تحالَفا)، أي: يُحلِّف القاضي كُلًّا منهما إن لم يرضَ بدعوى صاحبِه، وذلك لأن «المُشتري بدعواه الإقالةَ يدَّعي أن الثمنَ الذي يستحِقُّه بالردِّ مائةٌ مثلا، والبائعُ بدعواه الشراءَ بأقلَّ مما باع يدَّعي أن الثمنَ الذي يجب تسليمُه للمشتري خمسون مثلا، فنُزِّل اختلافُهما فيما يجب تسليمُه إلى المشتري منزلةَ اختلافِهما في قدر الثمن الموجِب للتحالُف بالنصِّ، وإلا فالمائةُ التي هي الثمنُ الأوَّل إنما تُرَدُّ إلى المشتري بحكم الإقالة في البيع الأوَّل، وهي غيرُ الخمسين التي هي الثمنُ في البيع الثاني، كما ترى»، «حموي»[٥].

[مسألة: سمَّى شيئًا وأشار إلى خلافِ جنسه، فالبيع باطلٌ]

(وإذا سمَّى شيئًا) عند بيعِه، (وأشار إلى خلاف جنسِه، كما إذا سمَّى ياقوتًا، وأشار إلى زُجاج: فالبيع باطلٌ؛ لكونه بيعَ المعدوم)، وبيعُ المعدوم باطل؛ لأنه ليس بمالٍ. **والأصلُ فيه: أن الإشارةَ**[٦] **مع التسمية في مختلفَي الجنسِ: يتعلَّق العقدُ بالمُسمَّى، ويبطُل لانعدامه، وفي متَّحِدَي الجنسِ: يتعلَّق بالمُشارِ إليه، وينعقِد لوجودِه، ويُتخيَّر لفوَاتِ الوصف**، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتبٌ أو خبَّازٌ، فظهَر خلافه. وهذا «إذا لم يعلَما أن المُشارَ إليه من خلاف الجنس[٧]. وأما إذا علِما: فالعبرةُ للمُشار إليه، فلو قال: بعتُ منك هذا الحمارَ، وأشار إلى عبدٍ قائم بينهما: انعقد البيعُ على العبد»، كما في «الدرِّ المنتقى»[٨].

---

(٥) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٧٦).

(٦) إن اجتمعت.

(٧) أي: جنس المسمى.

(٨) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٣/ ٨٧).

(واختلفوا فيما إذا سمَّى ثوبًا هرَوِيًّا)، منسوبًا إلى هرَاة، (وأشار إلى مَرْوِيٍّ)، منسوبٍ إلى مَرْو، (قيل: البيعُ باطلٌ)؛ لأنهما اعتُبِرا جنسَين مختلفَين لاختلاف الصورة والمقصود، فلا يُملَك بالقبض. وقيل: فاسدٌ، فيُملَك به، (كذا في «الخانية»[(١)]).

[ضابط: كلُّ عقدٍ أُعِيد وجُدِّد فإن الثاني باطلٌ]

(كلُّ عقدٍ[(٢)])، هو اسمٌ للإيجاب والقبول، (أُعيد وجُدِّد)، عطفُ تفسير على ما تُفهِمه عبارةُ «الحموي»[(٣)]، وهذا إذا كان على طريق العِينة، ولو كان مع الزيادة فهو تجديدٌ، لا إعادةٌ، فالظاهر حينئذ عطفُه بـ«أو»، (فإن الثاني) منهما (باطلٌ)؛ لعدم الفائدة.

(فالصُّلحَ) من العقود، وهو (بعد الصُّلح باطلٌ، كما في «جامع الفصولين»[(٤)])، «يعني: إذا كان إسقاطًا. وأما إذا كان على عوضٍ، ثم اصطلحَا على عوضٍ آخر: فالثاني جائزٌ، كالبيع، وانفسخ الأوَّل»، كذا في «البيري»[(٥)] نقلا عن «الخلاصة».

وما في «الحمَوي» مُعزِيًا لها أن «الثاني هو الجائزُ، ولا ينفسِخ الأوَّل»[(٦)]، صوابُه إسقاطُ «لا».

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الكلام والقراءة (٢/ ١٠٤).

(٢) في هامش (خ): (قوله: كل عقد... إلخ، تقدم ذلك في قول المصنف: تكرار الإيجاب مبطل... إلخ).

(٣) لم أجد للحموي تعليقا على هذه العبارة في «غمز عيون البصائر».

(٤) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها (٢/ ٤٨).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٨).

(٦) «غمز العيون» (٢/ ٢٧٧).

(والنكاحُ بعد النكاح كذلك) باطلٌ؛ لأن النكاح لا يحتمِل الفسخَ، بخلاف البيع، (كما في «القنية»). وظاهرُه يشمَل ما إذا كان أكثرَ، أو أقلَّ، أو مُساوِيًا.

ويعكِر عليه ما في «المنية»: تزوَّج امرأةً بألف، ثم تزوَّجها بألفَين، فالمهرُ ألفان، وقيل: ألفٌ، وذكر خلافًا بين العلماء، ثم قال: تثبُت تسميتانِ على الأصحِّ.

(والحوالة بعد الحوالة باطلةٌ، كما في «التلقيح»).

[مسائل مُستثناةٌ من الضابط السابق]

(إلا في مسائل)، فإذا أُعيد العقدُ وجُدِّد فيها: لا يبطُل الثاني، ويكون صحيحًا، ومن ضروراته إبطالُ الأوَّل:

[الأُولى: الشِّراء بعد الشراء صحيحٌ]

المسألةُ الأُولى: (الشِّراءُ بعد الشراء)، فإن العقد الثاني (صحيحٌ)، كذا (أطلَقه في «جامع الفُصولَين»[1])، فشمَل ما إذا كان أكثرَ، أو أقلَّ، أو بجنسٍ آخَر، أو مساوٍ.

(و)لكن (قيَّده في «القُنية» بأن يكونَ) العقد (الثاني أكثرَ ثمَنًا من) العقد (الأوَّل)، بأن اشتراه بمائةٍ ثم بمائة وخمسين، (أو أقلَّ) من الثمن الأوَّل، بأن اشتراه بأقلَّ من المائة، (أو بجنسٍ آخَر) غيرِ ثمنِ الأوَّل، فإنه في هذه الصورة يبطُل الأوَّل، (وإلا)، بأن كان مساوِيًا، (فلا) يبطُل الأوَّل؛ لعدم الفائدة حينئذ.

قال في «القُنية»: «باع دارًا بألف، ثم قال له: تصدَّقتُ عليك بالدار، وقبِل المشتري: فصدقتُه باطلة، وله الثمنُ؛ لأن الصدقة أدنى من الشراءِ، فلا ينفسِخ بها. ولو تصدَّق عليه بالدار، وسلَّمها إليه، ثم باعها منه: صحَّ، وتضمَّن نسخَ الصدقة،

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها (٢/ ٤٩).

كما لو باع، ثم باع بأكثرَ أو أقلَّ من الثمن الأوَّل، فإن **الصدقة تحتمل الفسخ**، حتى لو تفاسَخا بعد تمامها تنفسِخ»، انتهى.

قيل عليه: «وليس في «القنية» البيعُ بجنسٍ آخر»(١)، انتهى. ولعلَّه في موضع آخر.

بقي: لو باعه فضوليٌّ، ثم باعه المالك بمثل الثمن الأوَّل، فمقتضى كلام المصنِّف أن العبرةَ لبيع الفضولي(٢).

فالحاصلُ: إنْ خُصِّص كلامُ المصنف في كل عقدٍ أُعيد وجُدِّد بالمُساواة: فلا نقضَ في الجميع ولا استثناءَ. نعم؛ ينتقِض بالصُّلح بعد الصُّلح في صورة المُعاوَضة، وفي النكاح بعد النكاح، فكان ينبغي استثناؤُه. وإن عُمِّم بما يشمل الزيادةَ وغيرها: فيصحُّ الاستثناءُ على كلام صاحب «القنية».

[الثانية: الكفالةُ بعد الكفالة صحيحةٌ]

المسألةُ **(الثانية)** من المسائل المُستثناة: **(الكفالةُ بعد الكفالة)**، فإن الثانية **(صحيحةٌ لزيادة التوثُّق)**، أي: لأن الغرَض من الكفالة الثانية زيادةُ التوثُّق، **(بخلاف الحوالة، فإنها)** تُبطل الثانية، والأُولى صحيحةٌ؛ لأنها **(نقلُ)** الدَّين من ذِمَّةٍ إلى ذمَّة، بخلاف الكفالة، فإنها ضمُّ ذمةٍ إلى ذمة في المُطالَبة، فبالضمِّ الأوَّل حصل التوثُّق، وبالثاني زيادته. وأما الحوالة، فقد تمَّت بالنقل الأوَّل، والنقلُ مع التوثُّق **(لا يجتمِعان، كما في «التلقيح»)**؛ إذ ليس فيه توثُّقٌ أصلا، لكن يلزَم من هذا التقرير عدمُ

---

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٧٨).

(٢) في «الحموي» (٢/ ٢٧٨): «لو باعه فضولي، فحضر المالك وجدد البيع بمثل الثمن الذي عقد الفضولي عليه البيع: فالاعتبار لبيع المالك، ويكون ردا لبيع الفضولي، وهي واقعة الفتوى».

موافَقة الأمثال لأصل الدعوى، فلا يكون من جُزئيَّات القاعدة؛ إذ الكلامُ في إعادة الكفالة والحَوالة.

ولا فرقَ بين كفالتِه لرجلٍ بكذا ثم كفالته بهذا، وبين إحالته على رجل بكذا وإحالته عليه بهذا. وإن حملناه على أنه كفل رجلا بمائةٍ ثم كفَله بخمسين، أو أحالَه بخمسين ثم أحاله بمائة: فليس من الإعادة في شيءٍ. وإن حُمِل على التجديد اعتبارًا بتعميم القاعدة: ففي إبطال الثانية تأمُّلٌ.

(وأما الإجارةُ بعد الإجارة من المُستأجِر الأوَّل، فالثانيةُ فسخٌ للأُولى، كما في «البزازية»[1])، فلا تبطُل الثانية، وتكون من المُستثنَيات حينئذ. فالأَولى أن يقول: وإلا الإجارةُ بعد الإجارة.

[ضابط: التخليةُ تسليمٌ]

(التخليةُ) فيما يُشترَط فيه التسليم (تسليمٌ)، فيوجِب البراءة. وفي «التجريد»: تسليمُ المبيع أن يُخلِّي بينه وبين المبيع على وجهٍ يتمكَّن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن. وشرَط في «الأجناس» مع ذلك أن يقول: خلَّيتُ بينك وبين المبيع[2].

فلو باع دارًا غائبةً، فقال: سلَّمتُها إليك، فقال: قبضتُها، لم يكن قبضًا، وإن كانت قريبةً: كان قبضا، وهي أن تكون بحالٍ يقدر على إغلاقِها، وإلا فهي بعيدةٌ. ودفعُ المفتاح في بيع الدار تسليمٌ إذا تهيَّأ له فتحُه من غير تكلُّف، كذا في «جامع النوازل».

وقد تقدَّم أنه لو باع ضيعةً، وخلَّى بينها وبين المشتري: إن كان بقُربٍ منها يصير

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، تفريعات على الإجارة الطويلة (٥/ ١٩)، والفصل الثالث في الضياع والعقار (٥/ ٥٩).

(٢) انظر: «الأجناس»، كتاب البيوع، جنس: التخلية قبض في البيع (٢/ ٥١).

قابضًا، وإن كان ببُعدٍ لا يصير قابضا، **والناس عنه غافلون، فإنهم** يشترون الضَّيعة بالسَّوَاد ويُقِرُّون بالتسليم والقبضِ، وهو لا يصِحُّ به القبضُ في ظاهر الرواية، وهو **الصحيح**، وكذا في الهبة والصدقة.

وفي «النُّتَف»: «من العقود ما لا يصحُّ بدون القبض: الهبةُ، والصدقة، والرهن، والصرف، والسَّلَم[1]، والوقف، والصُّلح، وبيعُ الوزنِيِّ بالوزنِيِّ»[2].

زاد في «شرح المجمع»: ولا بد أن يكون المبيعُ مُفرَزًا، فلو باع دارًا وسلَّمها إلى المشتري، وفيها قليلٌ من مَتاع البائع: لم يكُن تسليمًا.

وفي «المنح» عن الوبري: «متاعُ غيره لا يمنَع، فلو أذِن له بقبض المَتاع والمبيع: صحَّ، وصار المتاعُ وديعةً عنده»، انتهى.

ولو باع خلًّا في دَنٍّ، أو شعيرًا في بيت البائع، وخلَّى بينه وبينه: لم يكن تسليمًا عند الثاني، وعند الثالث: تسليمٌ، **وعليه الفتوى**.

[مسائلُ مُستثناةٌ من الضابط السابق]

(**إلا في مسائل**)، فإن التخلية فيها ليست بتسليمٍ:

المسألة (**الأُولى: قبَض المشتري المبيعَ قبل النقد**)، أي: نقد الثمن، (**بلا إذنِ البائع**)، متعلق بـ«قبَض»، (**ثم خلَّى**) المشتري (**بينه**)، أي: المبيعِ، (**وبين البائع: لا تكون**) التخليةُ (**ردًّا له**)، أي: للبيع، حتى لو هلَك: هلك على المشتري، والبيعُ على حاله.

---

(١) أي: رأس ماله.

(٢) انظر: «النتف في الفتاوى»، كتاب الهبة، ما لا يجوز إلا مقبوضا (١/ ٥١٣). وزاد على المذكورة هنا: العمرى، والنحلى، والحبيس، وبيع الكيلي بالكيلي والجنس مختلف.

المسألة (الثانية): التخليةُ (في البيع الفاسد) لا تكون تسليمًا (على ما صحّحه العمادي، وصحّح قاضي خان أنها تسليمٌ)، فيملك بالقبض ويهلك على المشتري. قال العلامة قاسم: «وتصحيحُ قاضي خان مقدَّمٌ على تصحيح غيرِه».

المسألة (الثالثة: التخلية في الهبة الفاسدة) لا تكون تسليمًا اتفاقًا. والقبضُ في الهبة الفاسدة هل يفيد الملكَ للموهوب له أو لا؟ فيه خلافٌ، ففي «الخلاصة»: «لا تفيد، وهو **المختار**»[1]، وفي «جامع الفصولين» و«البزازية»: «تفيد، وبه **يُفتَى**»[2].

وفي «الفصول العمادية»: هبةُ المُشاع إذا فسدت لا تفيد الملكَ، وإن قبَض الجملةَ، مرويٌّ ذلك عن أبي يوسف[3]، وهو **الصحيح**. وفي «البزازية»: «تفيد الملكَ بالقبض، **وبه يُفتَى**». ولفظ «به يُفتَى» آكدُ من لفظ «الصحيح».

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الهبة، الفصل الأول في جواز الهبة، الجنس الأول في هبة العين (٤/ ٣٩١).

(٢) قال في الفصل الثلاثين في التصرفات الفاسدة من «جامع الفصولين»، (٢/ ٤١): ««ط»: الهبة الفاسدة تضمن. «خه»: صور الهبة كثيرة، منها لو وهب وسلم لاثنين شيئًا يحتمل القسمة ملكاه قبل القسمة وضمناه. «ص»: **وبه يفتى**. «عده»: الهبة الفاسدة تضمن بالقبض، ولكن لا يملكها الموهوب له بالقبض، **هو المختار**. والصدقة الفاسدة كهبة فاسدة. «فقظ»: وهب نصف دار مشاعًا، ودفع إليه الدار، فباع الموهوب له حصته: لم يجز بيعه، وهو كمن باع هبة لم يقبضها. وهذه تدل على أن هبة المشاع لا تفيد الملك ولو قبض. «بس» خلافه. «قت»: هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند «ح» رحمه الله. «قه»: الهبة الفاسدة تضمن في رواية، لا في رواية... «فض»: الفاسدة تفيد الملك بالقبض، **وبه يفتى**». ومثله في «البزازية» (٦/ ٢٤٠).

(٣) كذا في النسخ، وفي «جامع الفصولين»: «عند «ح»، يعني أبا حنيفة رحمه الله».

(٤) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الهبة، مسائل الشيوع والهبة في المرض (٦/ ٢٤٠).

وقيَّده في «الظهيرية» بالمُشاع الذي يحتمل القسمةَ، فإنها لا تكون قبضا باتفاق الروايات. وأما المُشاع الذي لا يحتملها، فعلى الخلاف المتقدِّم.

المسألة (الرابعة): التخليةُ (في الهبة الجائزة) لا تكون تسليمًا (في روايةٍ) عن أبي يوسف، بل لا بد من القبض، والصحيحُ خلافُه؛ قال في متن «التنوير»: «والتمكُّن من القبض قبضٌ، فلو وهَب لرجل ثيابًا في صندوق مُقْفَلٍ، ودفَع إليه الصندوقَ: لم يكن قبضًا، وإن كان مفتوحًا: كان قبضا»[١]. ثم نقَل عن «الاختيار» أن أبا يوسف قال: «لا بد من القبض بعده»[٢]، انتهى.

[ضابط: خيار الشرط يثبُت في كلِّ عقد لازم يحتمل الفسخَ]

(خيارُ الشرط) للمُتبايعَين، أو لأحدِهما، أو لغيرهما، في مبيعٍ، أو بعضه، ثلاثةَ أيام أو أقلَّ، لا أكثرَ: (يثبُت) ويصِحُّ (في ثمانية)، في «الدر المختار»: «صحَّ شرطُه في لازم يحتملُ الفسخَ»[٣].

(في البيع)، ولو فاسدًا، (والإجارةِ، والقسمةِ)؛ لأنها مبادَلةٌ كالبيع، (والصُّلحِ عن مالٍ)، ولو بغير عينِه، «در مختار»[٤]، (والكتابةِ، والرَّهنِ للراهن)، لا للمرتهن؛ إذ له نقضُ الرَّهنِ متى شاء بلا خيار، (والخُلعِ لها)، أي: للمرأة عند[٥] أبي حنيفة، ولو شُرِط للزوج: لا يجوز وِفاقًا، كما في «جامع الفصولين»[٦]. وذكر بعضُ الأفاضل

---

(١) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الهبة (ص ٥٦١).

(٢) لم أجد هذا النقل في «تنوير الأبصار» ولا في «الدر المختار».

(٣) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (ص ٤٠١).

(٤) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (ص ٤٠١).

(٥) في النسخ: (وعند). والمثبت من «جامع الفصولين».

(٦) قال فيه في الفصل الثاني والعشرين في مسائل الخلع (١/ ١٩٨): «ولو شرط الخيار للمرأة جاز =

أنه إذا قال لها: أنتِ طالقٌ ثلاثًا على ألفِ درهم على أنكِ بالخيار ثلاثةَ أيام، فقالت: قبِلتُ، فعند أبي حنيفة: إن ردَّتْ الطلاقَ في ثلاثةِ أيامٍ بطَل الطلاق. وإن اختارَتْ، أو لم تَرُدَّ حتى مضَتْ المدةُ: فالطلاق واقعٌ والألفُ لازمٌ. وأما عندهما، فالطلاقُ واجبٌ والخيارُ باطل.

(والإعتاقُ على مالٍ للقِنِّ) عند أبي حنيفة، (لا للسيِّد) وفاقًا؛ فإنه من جهته[١] معاوَضة، (والزوجِ. هكذا في «فصول العمادي» مُعزِيًا إلى الأستَروشتي نقلًا عن بعضهم، وتبِعهما في «جامع الفصولين»[٢]، وزِدتُّ عليها في «الشرح»[٣] سبعةً أُخْرى، فصارت) المسائلُ التي يثبُت فيها خيارٌ (خمسةَ عشر):

(الكفالة)، فلو كفَل بنفس أو مالٍ، وشرَط الخيار للمكفول له أو الكفيل: جاز، وهي في «جامع الفصولين»[٤].

(والحوالة)، فلو أحال زيدًا بشرط الخيار ثلاثةَ أيامٍ: جاز، (كما في «البزازية»[٥]).

(والإبراء عن الدَّين)، بأن قال: أبرأتُكَ على أني بالخيار ثلاثةَ أيام، جاز، (كما في «أصول» فخرِ الإسلام البزدوي من بحث الهزل[٦])، ولكن نقل عن

= عند ح رحمه الله، لا عندهما. وخيار الزوج لم يجز وفاقا». وانظر أيضا: (١/ ٢٤١ ـ ٢٤٢).

(١) في هامش (خ): (قوله: من جهته، أي: القن. وأما من جهة السيد، فيمين. ومثل السيد الزوج، ومثل العبد الزوجة).

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الخامس والعشرون في الخيارات (١/ ٢٤١ ـ ٢٤٢).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط، قبض المشتري بلا إذن البائع (٦/ ٤).

(٤) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الخامس والعشرون في الخيارات (١/ ٢٤٢).

(٥) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الخامس في البيع بشرط (٤/ ٤٢٧).

(٦) انظر: «أصول البزدوي»، باب الأمور المعترضة على الأهلية، العوارض المكتسبة، الهزل (ص ٣٥١). =

«العمادية»: «أنه لو أبرأه عن الدَّين على أنه بالخيار: فالخيارُ باطل»، انتهى.

(وتسليم الشُّفعة بعد الطلبَين)، أي: طلبِ المُواثَبة وطلبِ الإشهاد، وذلك أن الشفعة تتوقَّف على الطلبَين؛ الأوَّلُ: أن «يطلُبَها في المجلس بلفظٍ يُفهَم منه الطلب، ثم يُشهِد على البائع إن كان العقار في يده أو على المشتري، فيقول: اشترى فلانٌ هذه الدارَ، وأنا شفيعُها، وقد كنتُ طلبتُ الشفعةَ، وأطلُبها الآن، فاشهَدوا عليَّ، وهذا هو الثاني. ثم بعدهما يطلُب عند القاضي، بأن يقول: اشترى فلانٌ دارَ كذا وأنا شفيعُها، فمُرْه يُسلِّم إليَّ، وهذا طلبُ التمليك، وبتأخيره مطلقًا لا تبطُل، به يُفتَى»، «تنوير»[1]. فلو قال بعد الطلبَين الأوَّلين: أُسلِّم الشفعةَ على أنِّي بالخيار، جازَ، (كما ذكره) فخرُ الإسلام (أيضًا) في «الأصول»[2] (منه)، أي: من بحث الهزل.

(والوقف على قول أبي يوسف)، فلو وقَف على أنه بالخيار: جاز، وما في «فصول العمادي» من أنه لا يصحُّ فلعلَّه على قول محمد[3].

(والمُزارَعة، والمُعامَلة)، بلُغة أهلِ المدينة، وهي المُساقاة، وهي كالمزارَعة حكمًا وخلافًا، والمُفتَى به صحَّتُها على قولهما. فلو قال: زارَعتُك، أو ساقَيتُك على

= قال في «كشف الأسرار» (٤/ ٣٦٧): «ومثل تسليم الشفعة إبراءُ الغريم في أنه يبطل بالهزل، حتى لو أبرأه هازلًا: لا يصح، ويبقى الدين على حاله؛ لأنه لو قال: أبرأتك على أني بالخيار، لا يسقط الدين؛ لأن في الإبراء معنى التمليك، ولهذا يرتد بالرد».

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة (ص ٦٢٢).

(٢) انظر: «أصول البزدوي»، باب الأمور المعترضة على الأهلية، العوارض المكتسبة، الهزل (ص ٣٥١).

(٣) في هامش (ع): (بناء على صحة اشتراط الغلة لنفسه عنده. **قلت: وليتحقق من نسبة هذا إلى أبي يوسف أو محمد**).

أنّي بالخيار: جاز؛ (**إلحاقًا لهما**)، أي: على طريق القياس، (**بالإجارة**)، فكما ثبت فيها خيارُ الشرط يثبُت فيهما؛ لأنهما استئجارٌ معنًى، كما بُيِّن في بابه.

وفي «الفصولَين»: ولو استأجَر بخيارٍ له ثلاثةَ أيام: جاز، كبيعٍ. فلو فسَخ في الثالث هل يجب على المستأجر أجرُ يومَين؟ أفتَى صاحبُ «المحيط» أنه لا يجب؛ لأنه لم يتمكَّن من الانتفاع بحكم الخيار؛ لأنه لو انتفع بطل خيارُه»[1]، انتهى.

وفي «البحر» ما يُصرِّح بأن ثبوته فيهما على طريق البحث[2]، وبه يُشعِر كلامُه، تأمَّل. فهذه خمسة عشر.

«وزاد في «البزازية»[3] الإقالةَ، وجعلها كالبيع، يجوز شرطُ الخيار فيها»، كما في «النهر»[4].

والأصلُ: أنه يثبُت في كل عقدٍ لازمٍ يحتمل الفسخَ[5]، كما في «الخانية»[6]. وأما العقود الغير اللازمة التي لا[7] تحتمل الفسخَ، فلا، كما قال:

(**ولا يدخُل الخيار**)، أي: خيارُ الشرط، (**في سبعة**):

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل الخامس والعشرون في الخيارات (١/ ٢٤٢).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط، قبض المشتري بلا إذن البائع (٦/ ٤).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الثاني فيما يكون بيعا، نوع في الإقالة (٤/ ٣٧١).

(٤) «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (٣/ ٣٦٣).

(٥) كذا في النسخ و«النهر الفائق» (٣/ ٣٦٣) نقلا عن «الخانية». وأما النسخة المطبوعة من «الخانية» ففيها: (لا يحتمل الفسخ).

(٦) «فتاوى قاضي خان»، بداية كتاب الوكالة (٣/ ٣).

(٧) كذا في (خ). وفي نسخة (ع): (التي تحتمل) بدون (لا). ولعل المثبت هو الصواب.

(النكاح)، «فلو تزوَّجها بشرط الخيارِ ثلاثةَ أيامٍ له أو لها أو لهما: يبطُل الشرطُ دونه عندنا»، كما في «جامع الفصولين»[١].

(والطلاق)، فلو طلَّقها على أنه، أو إياها[٢]، أو هما بالخيار ثلاثةَ أيام: وقع الطلاق وبطَل الشرط، (إلا الخُلع لها)، فإنه يقَع الخلعُ، ويجب المال، ويبطل الشرط[٣].

وفي «الفصولَين»: «خلَعها بخيارٍ لها ولم يوقِّت، فإن اختارت في المجلس: فلها ما اختارت، وإن لم تقُلْ شيئًا حتى قامت: فالطلاقُ واقعٌ والخلعُ ثابت، قال أبو الليث: **وبه نأخذ**. ثم نقل عن نظام الدين أنه قال: اختلعَا، وقالت: إن لم أُؤَدِّ بدلَ الخلع إلى أربعةِ أيامٍ: يكون الخلعُ باطلا، فمضت المدةُ ولم تؤدِّه، فهو كخلعٍ بخيار الشرط»[٤]، انتهى.

(واليمينُ، والنذر، والإقرار)، فلو أقرَّ: لفلانٍ عليَّ كذا على أنه بالخيار، لزمه ما أقرَّ به، وبطَل الشرط؛ لأن الإقرار حجَّة يلزمه، وهو إخبارٌ عن الكائن، لا إنشاءٌ، والإخبارُ لا يقبل الخيار، (إلا الإقرار بعقدٍ يقبَله)، كما لو قال: له عليَّ ألفُ درهم من

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، بداية الفصل الخامس والعشرين في الخيارات (١/ ٢٣٧).

(٢) في هامش (خ): (قوله: أو إياها. الأولى: أو هي؛ لأنه لا فصل مع إمكان الاتصال، فهو جار على بعض أقوال أهل النحو).

(٣) في هامش (خ): (قوله: ويبطل الشرط. لا صحة لهذا الكلام؛ لأنه ينافي قول المصنف: إلا الخلع لها. وقد تقدم نقلا عن بعض الأفاضل ما نصه: إنه إذا قال لها: أنت طالق ثلاثا على ألف درهم على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقالت: قبلت، فعند أبي حنيفة: إن ردت الطلاق في ثلاثة أيام: بطل الطلاق، وإن اختارت أو لم ترد حتى مضت المدة: فالطلاق واقع والألف لازم. وأما عندهما، فالطلاق واقع والخيار باطل. انتهى بحروفه، فتأمله).

(٤) «جامع الفصولين»، الفصل الخامس والعشرون في الخيارات (١/ ٢٤١).

ثمنِ مبيعٍ ابتعتُه على أنّي بالخيار: صحّ ويثبُت الخيار إذا صدَّقه المقَرُّ له أو أقام على ذلك بيِّنةً، وإن كذَّبه المقَرُّ له: لا يثبُت، وكان القولُ قولَ المقَرِّ له، انتهى.

(والصَّرف والسَّلَم)، فإنه لا يصحُّ تعليقُهما بشرط الخيار، فلو شرَط الخيار فيهما لأحدهما: بطل العقد؛ لأن شرط الخيار فيهما يمنَع تمام القبض المستحَقِّ بالعقد؛ إذ الخيارُ استثناءٌ لحكم العقد، وهو الملك، فيمتنع الملكُ ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك: امتنع القبضُ الذي يحصل به التعيين الذي هو شرطُ جوازِ العقد. «وإذا أُسقِط الخيار في المجلس: صحَّ الصرف»، كما في «التنوير»[١].

قال في «النهر»: «وقياسُه أن لا يصحَّ في الوصية، كما لا يصحُّ في الصَّرف والسَّلَم، وقد نظمتُها فقلت:

يأتــي خيارُ الــشرط فــي الإجارة والـبـيـعِ والإبـــراء والـكـفـالــة
والرهــنِ والعتــق وتــركِ الشــفعةْ والصُّلــحِ والخُــلع مــع الحــوالة
والوقــفِ والقســمة والإقــالــة لا الصَّــرفِ والإقــرارِ والــوكالة
ولا النكاحِ والطــلاق والــسَّــلَمْ نــذر وأيمــان فـهـذا يُـغـتَـنـم»[٢]

[فائدة: يُشترط التقابُض قبل الافتراق في الصَّرف]

(يُشتَرط) لصحَّته ابتداءً أو لبقائه صحيحًا، هو **الصحيح**، (التقابُض)، أي: «اشتراكُ المُتعاقِدَين في قبض الثمنَين بالبراجم، لا بالتخلية»، «در منتقى»[٣]، (قبل الافتراق) بالأبدان، ولا عبرة للتفرُّق في المكان، حتى لو ذهبَا يمشيان في ناحيةٍ، أو

---

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الصرف (ص ٤٤٦).

(٢) «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (٣/ ٣٦٤).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الصرف (٣/ ١٦١).

نامًا، أو أُغمي عليهما في المجلس، ثم تقابَضا: صحَّ في **الأصحِّ**. وقيل: هو كالتخيير في المُخيَّرة. وهذا فيما يمكن اعتبارُه، وإلا يُعتبَر المجلس، كبيع الأبِ من طفله، كما في «الشرنبلالية».

وأشار بهذا الشرط إلى شرطَين: عدمِ التأجيل والخيار (في) بدلَي (الصرف) مطلقا، سواء كان العِوضان من جنسٍ واحد أو لا. فلو باع ذهبًا بفضَّة، واشترى بها ثوبًا قبل قبضها: فسد بيعُ الثوب وبقي الصرفُ بحاله.

وكان ينبغي أن يُشترَط قِرانُه للعقد، إلا أن حالةَ المجلس تُقام مقامَ حالة العقد تيسيرًا.

وكلامُه يُشير إلى أنه شرطُ البقاء على الصحَّة، لا شرطُ الانعقاد، وهو **الصحيح**؛ لما يُفيده أنه لو تفرَّقا قبل القبض بطَل، فلولا أنه انعقَد لما بطل، كذا في «الدراية».

وثمرةُ الخلاف تظهر فيما إذا ظهر الفسادُ فيما هو صرفٌ، فهل يفسُد قياسًا فيما ليس بصرف؟ فعلى **المختار**: يتعدَّى، وعلى غيره: لا، كذا في «الرمز».

ولو باع فضةً بفلوس: يشترط قبضُ أحدِ البدلَين قبل الافتراق، لا قبضُهما، كما في «الذخيرة»[١].

وكذا يشترط قبضُ رأسِ المال في السلَم قبل التفرُّق بالأبدان. فلو أسلَم مائةً نقدًا، ومائةً دَينًا على المُسلَم إليه في كُرِّ بُرٍّ: بطل اتفاقًا في حصَّة الدَّين فقط»، كما في «الملتقى»[٢].

(فإن تفارَقا)، أي: قام أحدُ المتعاقدَين في الصرف، (قبل) القبض للعوضَين

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الصرف، الفصل الثاني بيع الدرهم بالدرهم (١١/ ١٥).

(٢) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب البيوع، باب السلم (٣/ ١٤٤).

أو أحدِهما: (**بطل العقدُ**)، أي: عقدُ الصرف؛ لفوَات الشرط، وهو القبضُ، كذا في «الهداية»[١].

ولكن في «الخانية» أنه «يفسُد الصرفُ بالافتراق قبل قبض أحدِ البدلَين، ولا يبطُل، ويتعيَّن المقبوضُ للردِّ على **الأظهر**»[٢]، كذا في «القهستاني»[٣]، ونحوه في «الشرنبلالية»[٤].

(**إلا فيما إذا استهلَك رجلٌ بدلَ الصَّرف قبل القبض، واختار المشتري تضمينَ الجاني**)، أي: المستهلِك، (**وتفرَّق العاقدان قبل قبضِ القيمة من المُتلِف**)، بكسر اللام: (**فإنَّ الصرفَ لا يفسُد عندهما، خلافًا لمحمَّد**). له: أن القيمةَ أُنزلت منزلةَ العين، فيُشترَط قبضُها، ولهما: أن اختيار المشتري تضمينَ الجاني قبضٌ، والمُفارَقة بعده تكون بعد تمام الصرف.

وقيَّد بقوله: قبل قبض القيمة؛ لأنه لو كان بعده: لا تفسُد اتفاقًا.

وقيَّد بتفرُّقهما؛ لأنه لو تفرَّق الجاني: لا يفسُد اتفاقا.

وقيَّد باختيار المشتري تضمينَ الجاني؛ لأنه لو لم يختَرْه واختار فسخَ العقد: يرُدُّ البائعُ ما أخَذه، (**كما في «المجمع»**) و«شرحه»[٥].

---

(١) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الصرف (٧/ ١٣٨).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في البراءة عن العيب (٢/ ٢١٦).

(٣) انظر: «جامع الرموز»، كتاب البيع، فصل الصرف (٢/ ٨٦).

(٤) انظر: «غنية ذوي الأحكام»، كتاب البيوع، ما ينعقد به البيع (٢/ ١٤٧).

(٥) «شرح مجمع البحرين»، كتاب البيوع، فصل في الصرف، اشترى سلعة من الذهب أو الفضة (٤/ ٥٥٢_٥٥٣).

[فائدة: البيع لا يبطُل بالشرط في مواضع]

(**البيع لا يبطُل بالشرط في اثنين وثلاثين موضِعًا**)، ويبطُل فيما عدا ذلك.

وذلك أن الشرط إما أن يقتضيه العقدُ، أي: يجب بالعقد من غير شرطٍ، أو لا؛ فالأَوَّل: لا يُبطله، والثاني: إما أن يكون يُلائم العقدَ أو لا؛ والأَوَّل: لا يُفسد، والثاني: إما أن يَرِدَ الشرعُ بجوازه، كالخيار والأجل، أو لا؛ والأَوَّل: لا يُفسد، والثاني: إما يُتعارَف به أو لا؛ والأَوَّل: لا يُفسد، كما إذا اشترى نَعْلًا على أن لا يحذُوَه البائعُ، والثاني: إما أن يكون فيه نفعٌ لأحد المتعاقدين والمعقودِ عليه أو لغيرهما أو لا؛ والأَوَّل: كشرطِ أن يهبَه المشتري أو البائع، وكما إذا باع العبدَ بشرط أن يعتِقَه المشتري: فهذا يُفسِد.

والأصل: أن كلَّ ما كان مُبادلةَ مالٍ بمال فإنه لا يصحُّ بالشرط الفاسد؛ للنهي عن بيعٍ وشرطٍ[1]، **وكلُّ ما لا يكون كذلك، أو كان من التبرُّعات: لا تبطُل به**؛ **لأن الشروط الفاسدة من باب الرِّبا**، وهو مختصٌّ بالمُعاوَضات دون غيرها، فيبطُل الشرطُ فقط.

ولا يقال: مقتضى النهي عن بيع وشرطٍ عدمُ جوازه فيما يقتضيه العقد؛ لأنه في هذا ليس بشرطٍ حقيقةً، حيث أفاد ما أفاده العقدُ. ولا يقال أيضا: حيث لم يفسُد بالشرط المُتعارَف يلزم أن يكون العُرفُ قاضِيًا على الحديث، وهو باطلٌ؛ لأنا نقول: ليس بقاضٍ عليه، بل هو قاضٍ على القياس؛ لأن الحديث معلولٌ بوقوع النِّزاع المُخرِج للعقد عن المقصود به، وهو قطعُ المنازعة، والعرفُ ينفي النزاعَ، وكان موافِقًا لمعنى الحديث، فلم يبقَ من الموانع إلا القياسُ على ما لا عُرفَ فيه بجامع كونه شرطًا، والعُرف قاضٍ عليه، انتهى، كذا في «المنح».

---

(١) رواه الطبراني في «الأوسط»، برقم (٤٣٦١).

إذا علمتَ ذلك: فلا يبطُل البيع (في شرط الرهن)، كأنْ باع شيئًا بشرطِ أن يرهَنه المشتري بالثمن شيئًا، فإن هذا شرطٌ ملائمٌ للعقد، وهو لا يُفسِده، بل يوجبه. نعم؛ إن كان الرهنُ مجهولا كان فاسدًا.

(و)لا يبطُل البيع أيضًا في شرط (الكفيل)، كأنْ باعه بشرطِ أن يُعطيه المشتري كفيلا بالثمن، فإنه لا يفسد؛ لأنه من المُلائم، وإن كان الكفيلُ غائبًا عن المجلس، فكفل حين علِم أو لم يكفل: كان فاسدًا. وإن كان حاضرًا في المجلس، أو غائبًا فحضَر قبل الافتراق، فكفَل: جاز.

(و)شرطِ (إحالةٍ)، فلو باع بشرطِ أن يُحيل البائعُ بالثمن على المشتري: فسَد البيعُ قياسًا واستحسانًا. ولو باع على أن يُحيل المشتري البائعَ على غيره بالثمن: فسَد قياسًا وجاز استحسانًا.

(معلومِين)، صفةٌ للجميع، فيُشترَط في الرهن والكفالة والإحالة المعلوميةُ، فلو كان الرهنُ مجهولا، أو الكفيل مجهولا، أو المحال عليه كذلك: يفسد. وحمَله بعضهم على أنه على صيغة المثنّى صفةٌ للرهن والكفيل.

(و)شرطِ (إشهادٍ)، كأنْ كان باع بشرطِ أن يُشهد عليه.

(و)شرطِ (خيارٍ، و)شرطِ (نقدِ ثمنٍ)، أي: أن يُعطي البائعَ الثمنَ (إلى ثلاثة) أيام، كأنْ باع على أنه إن لم ينقُد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيعَ بينهما، فالبيعُ والشرطُ جائزان، والقياسُ يأبى جوازَه؛ لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقدُ، وهو قول زفر، لكن تُرِك ذلك بحديثِ ابن عمرَ أنه باع أمةً من رجل وشرَط عليه ذلك.

وإن بيَّن المدةَ أكثرَ من ثلاثة أيام: فسَد عنده، خلافًا لهما. وكذا لو نقد المشتري الثمنَ على أن البائع إن ردَّ الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيعَ: صحَّ أيضًا،

والخيارُ للبائع في هذه، وللمشتري في تلك، ويسمَّى هذا: خيارَ النقد.

وفي «البحر» عن «الخانية»: «اشترى شيئًا وقبَضه، ثم وكَّل المشتري رجلا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يوما فإن الوكيل يفسَخ البيع بينهما: جاز البيع؛ لأن الشرط لم يكن في البيع، [فيجوز البيعُ ويصحُّ الشرطُ][1]، حتى لو لم ينقد الثمن إلى خمسة عشر يومًا: كان للوكيل أن يفسخ»[2]، انتهى.

وفي «النهر»: «إن خيار النقد يأتي في الإجارة إذا عُجِّلت الأُجرة»[3]، انتهى.

(و)شرطِ (تأجيلِ الثمن إلى) زمنٍ (معلوم).

(و)شرطِ (براءةٍ من العُيوب)، بأنْ باع على أنه بريءٌ من كلِّ عيب. ويدخُل في هذا البراءةُ من العيب الموجود والحادث قبل القبض عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يدخُل الحادثُ قبله.

(و)شرطِ (قطع الثِّمار المبِيعة)، فإنه مما يقتضيه العقدُ تفريغًا لملك البائع.

(و)شرطِ (تركِها)، أي: الثمار المبيعة، (على النخيل بعد إدراكِها)، وكذا الزرع إلى أن يُدرِك، أي: تناهيها، (على) القول (المُفتَى به)، وهو قول محمد، وبه أخذ الطحاويُّ. وفي «المنتقى» ضَمَّ إليه أبا يوسف للعُرف.

وفي «القهستاني»: **المُفتَى به قولُهما**. وهكذا في «التحفة»؛ لأن التعامُل لم يكن شرطَ الترك، بل الإذنِ بلا شرط، كما في «شرح الكنز»[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من «البحر الرائق».

(٢) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط (٦/ ٧).

(٣) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (٣/ ٣٦٧).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، فصل: يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار، اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع (٥/ ٣٢٧).

وقيَّد بشرط الترك؛ لأنه «لو اشتراها مطلقًا وتركها، إن كان بإذن البائع: طاب له الفضلُ، وإلا تصدَّق بما زاد في ذاته؛ لحصولِه بجهة محظورة. ولو تركها بعد تناهي عظمِها: لا يتصدَّق بشيءٍ؛ لأن هذا تغيُّر أحوال؛ لأن الشمس تُنضِجه، والقمر يُلوِّنه، والكواكِب تُطعِمه، [بإذن الله تعالى وتقديره]. وإن آجَر الشجرَ إلى حين يُدرِك، وترَكها: يَطِيبُ له الفضلُ؛ لبُطلان الإجارة، فيبقى مجرَّدُ الإذن، بخلاف ما إذا اشترى الزرعَ، واستأجر الأرضَ إلى أن يُدرك وترك، حيث لا يطيب له الفضلُ؛ لأن الإجارة فاسدةٌ للجهالة، وإذا فسَد المُتضمِّن: فسَد المتضمَّن، فأورَثه خُبثًا»[(١)]، انتهى.

(و)شرطِ (وصفٍ مرغوبٍ فيه)، كما لو باع عبدًا على أنه خبَّازٌ أو كاتِبٌ: جاز البيع والشرطُ، بخلاف ما لو شرط أنه يخبِز كذا صاعًا أو يكتُب كذا قدرًا: فإنه يفسد، «كبيع شاةٍ على أنها تحلِب كذا رِطلا؛ لأنه يحتمل أنه حملٌ أو انتفاخٌ»، «فتح»[(٢)]. ويوجب الخيارَ للمشتري عند فوَات ذلك الوصف.

«ولو اختلفا بعد حينٍ، فقال المشتري: لم أجِدْه كاتبًا، وقال البائع: سلَّمته إليك كاتِبًا ولكن نسِي عندك، والمدة تحتمله: فالقول للمشتري؛ لوقوع الاختلاف في وصفٍ عارضٍ.

ولو شرَاها على أنها بكرٌ فاختلفا: يُرِيها القاضي النساءَ، فإن ظهرَتْ بِكرًا: لزم المشتري، وإلا توجَّهت الخصومةُ على البائع، فيَحلِف بالله أنه سلَّمها بحكم البيع

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب البيع، فصل: يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار، قوله: «وإن شرط تركها على النخل: فسد» (٥/ ٣٢٧).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (٦/ ٣٣٢ ـ ٣٣٣). وقال فيه: «**والأصل في اشتراط الأوصاف أن ما كان وصفًا لا غررَ فيه فهو جائز، وما فيه غررٌ لا يجوز، إلا أن يكون اشتراطُه بمعنى البراءة من وجوده، وهو ما ليس مرغوبًا فيه**».

وهي بكرٌ، فإن نكَل: رُدَّتْ إليه، وإلا لزم المشتري. هذا إذا كان بعد القبض.

وإنْ قبلَه: يحلف البائع: لقد بِعتُها وهي بكرٌ، فإن نكَل: رُدَّتْ إليه، وإلا لزم المشتري. ولو قال: بِعتُها وسلَّمتُها إليك بكرًا، فزالَتْ عندك، فالقول له؛ **لأن الأصل البكارةُ**، ولا يُريها النساءَ لإقرار البائع»، «فتح»[1].

ولو اشتراها على أنها غيرُ بالغة، فإذا هي تحيض: له الردُّ، «قنية».

ولو قال: على أنها ذاتُ لبنٍ، فالأكثرُ على الجواز.

ولو: على أنها حُبلَى، فسد البيع، فلو ولدت عنده، وشرب لبنَها، وأنفق عليها: يردُّها والولدَ وما شرب من اللَّبن، ولا شيءَ له مما أنفق؛ لفساد البيع.

ولو على أنها نَعجةٌ، فإذا هي معزٌ: جاز؛ لاتحادِ حكمهما في الصدَقات. وكذا لو ظهَرت البقرةُ جاموسًا.

والأصلُ أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا، فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمَّى: فسد، وإلا جاز. ثم إن كان المشارُ إليه دون المسمَّى: خُيِّر المشتري، وإلا فلا.

ولو اشترى ثوبًا على أنه هرَوِيٌّ، فإذا هو بَلْخِيٌّ: فسد، أو على أنه مصبوغٌ في زعفران، فإذا هو بعُصْفُر، أو دارًا على أن بِناءَها آجر، فإذا هو لبَنٌ، أو على أنها لا بناءَ بها ولا نخلَ، فإذا فيها بناءٌ ونخل، أو أرضًا على أن شجَره يُثمِر، فإذا هو بخلافه: فسد.

أو على أنها مولَّدة الكوفة فإذا هي مولَّدة بغداد، أو فحلٌ، فإذا هو خَصِيٌّ، أو

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، آخر باب خيار الشرط (٦/ ٣٣٤). وقال فيه: «**والأصل في هذا أن القول لمن تمسك بالأصل، وأن العدم في الصفات العارضة أصلٌ، والوجودُ في الصفات الأصلية**».

عكسُه، أو ناقةٌ، فإذا هي جمَل، أو بَغْلةٌ، فإذا هي بغلٌ، أو أنه معزٌ، فإذا هو ضَأْن، أو على أنه حاملٌ، فإذا هو بخلافه: جاز وخُيِّر.

ولو على أنها بَغلةٌ، فإذا هو بغلٌ، أو على أنها أتانٌ، فإذا هو حمار: جاز بلا خيارٍ[1]، وكذا كلُّ ما يوجَد خيرًا من المشروط[2]، كذا في «شرح نظم الكنز» للمقدسي.

وفي «المحيط»: شرى شاةً، أو ناقةً، أو بقرة على أنها حاملٌ: فسَد، إلا في رواية عن الحسن، والأصحُّ في الأمة جوازُه.

ولو اشترى ثوبًا على أنه من عشرة أذرُعٍ، فإذا هو من ثمانيةٍ، ولم ينظره: لم يجُز. وكذا في السويق والصابون إذا قال: من كذا رطلا من السمن أو الزيت، فكان دونه، كما في «شرح المقدسي».

وفي «الدر المنتقى»: إن هذا مما يُعرَف بالعَيان، فإذا عاين انتفَى: الغرَر، فيجوز من غير خيارٍ للمشتري»[3]، انتهى.

«ولو شرى قَلَنْسُوَة على أن حَشْوَها قُطنٌ، فإذا هو صوفٌ: **الصحيح** جوازُه، ويرجع بالنقصان؛ لأن الحَشْوَ تبَعٌ»، «خانية»[4].

(و)شرطِ (عدمِ تسليم البائعِ المبيعَ حتى يتسلَّم الثمنَ)؛ لأن هذا شرطٌ يقتضيه العقد، حتى لو باعه بشرطِ أن يدفع المبيعَ أوَّلًا: فسَد البيع.

---

(١) في هامش (ع): (ولكن ينبغي أن يكون ذلك عند من يرى أن البعير خير من الناقة والبغل خير من البغلة، وإلا فلا).

(٢) في النسخ: (الشروط).

(٣) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، قبيل فصل في خيار الرؤية (٣/ ٥٠).

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، كتاب البيع (٢/ ١٢٩).

(و)شرطِ (ردِّه)، أي: المبيع، (بعيبٍ وُجِد)؛ لأنه شرطٌ يقتضيه العقد؛ **إذ مطلقُ البيع يقتضي سلامةَ المبيع**.

(و)شرطِ (كون الطريقِ لغير المشتري)، فلو قال: بعتُكَ دارًا على أن لي طريقًا من هذا الموضِع إلى باب الدار، ووصَف الطول والعرض: جاز، كما في «شرح المقدسي».

وفيه: «لو باعه الدارَ الخارجة على أن يجعل له طريقًا إلى داره الداخلة: فسَد. ولو قال: إلا طريقًا إليها، جاز، وطريقُه عرضُ باب الدار الخارجة. ولو باعه بيتًا على أن لا طريق للمشتري في الدار، أو على أن بابه في الدِّهليز: يجوز. ولو زعم أن له طريقًا، فظهر أن لا طريق له: يَرُدُّ»، انتهى.

(و)شرطِ (عدمِ خروج المبيع عن ملكه في غير الآدميِّ)، فلو اشترى شيئًا من الحيوانات سوى الرقيقِ بشرط أن لا يبيعَه وأن لا يهبَه: فالبيعُ جائزٌ، بخلاف ما إذا اشترى عبدًا على أن لا يبيعَه، أو على أن لا يُخرجه عن ملكه: يفسُد البيع.

والفرق: أن المعقودَ عليه إن كان من أهل الاستحقاق: فالشرطُ يفسِد وجوبَ المشروطِ في حقِّه لو صحَّ، والشرط متى أفادَ وجوبًا يجب اعتبارُه، فالمشروط له يطالِب بحكم الشرط، والمشروط عليه يمتنع بحكم الشرع، فإن الشرع نهى عن بيعٍ وشرطٍ مطلقًا، إلا إذا كان الشرطُ يقتضيه العقدُ، أو يُلائم موجبَ العقد، أو ورَد الشرع بجوازه، أو كان مُتعارَفًا، فإنه يكون مخصوصًا عن قضية النهي، فيبقى ما وراءه داخلا تحت النهي، فتقع المُنازَعة بينهما في الإيفاء بالمشروط، **وكل عقدٍ يُفضِي إلى المنازَعة فهو فاسد**، بخلاف ما إذا لم يكن المعقودُ عليه من أهل الاستحقاق، فإن الشرط لا ينعقد وجوبَ المشروط في حقِّه، وكان وجودُه وعدمُه بمنزلةٍ واحدة، فكأنَّ البيعَ حصل من غير شرطٍ، كذا قاله بعض الأفاضل.

(و)شرط إطعامِ (المشتري المبيعَ)، من إضافة المصدرِ إلى فاعله، (إلا إذا عيَّن ما يُطعَم الآدميُّ)، بأن شرط أن يُطعِمه خبيصًا، فإنه لا يجوز.

(و)شرطِ (حملِ الجارية)، بأن شرط أن تكون حاملا، فإنه يجوز على **الأصحِّ**؛ لأن الحمل في الجواري عيبٌ، فكان شرطُه بمنزلة البراءة من العيب، فيجوز البيع. قال الفقيه أبو جعفر: هذا إذا كان الشرط من قبل البائع: فإنه براءةٌ، وإن كان من قبل المشتري: فلا؛ لأن مقصوده الزيادة، وهي موهومة، فيفسُد البيع، كما لو شرط الحمل في البهائم.

وفي «المقدسي»: هذا إذا كان في بلد لا يرغَبون في شراء الجواري للأولاد، وإلا فلا يفسد.

وفي «البيري»: «ومع كونِ الحبل في الجواري عيبًا لكنه يزول بالولادة، فلو اشترى جاريةً حُبلَى، فولدت: ليس له المخاصَمة؛ لأنه عيبٌ قد ذهب. فلو ماتَتْ بالولادة، فلو لم يعلم أنها حُبلَى، إن ماتت في نفاسها: يرجع بالنقصان ولا يستردُّ كلَّ الثمن»(١)، انتهى.

(و)شرط (كونها)، أي: الجارية، (مُغنِّيةً)، بأن اشتراها على هذا الشرط، جاز البيعُ؛ لأن الغناء فيهنَّ عيبٌ، فكان شرطُه بمنزلة البراءة منه(٢)، كما رُوي عن محمد أنه سأله رجل عن جاريةٍ اشتراها على أنها تُغنِّي كذا وكذا، فإذا هي لا تُغنِّي، فقال: قُمْ فإنَّ البيعَ لزِمك، إنما أخبرَك عن عيبٍ بها.

وفي «البدائع»: «إن اشتراها بهذا الشرط على وجه الرغبة: فَسَد البيع؛ لأنه

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٣٢).

(٢) كذا في (خ). وفي (ع): (فكأنه شرط البراءة منه).

محظورٌ، وإن شرط على وجه التبرِّي من العيب: لا يفسد، فإن لم يجِدْها مُغنِّيَةً: لا خيار له؛ لأنه وجدها سالِمةً من العيب»[١]، انتهى. ولعل هذا توفيقًا بين ما نُقل عن الإمام من الفساد، وما قيل عن محمد من عدمه، فتأمل.

(و)شرطِ (كونها)، أي: البقرة، (حَلوبًا)، فإنه يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وهو قولُ الأكثر، كما في «الدر المنتقى»[٢].

ولا يصِحُّ رجُوعه إلى الجارية؛ إذ لا يقال فيها: حلوب، بل ذاتُ لبَن، كما قاله شيخُنا[٣]. ولو اشترى جاريةً على أنها ذاتُ لبن يجوز أيضًا؛ لأنه وصفٌ مرغوب.

(و)شرط (كون الفرس هِمْلاجًا)، بكَسْرٍ فسكونٍ، سَهلةَ السَّيرِ بسُرعة، يقال للذَّكَر والأُنثى، فيجوز؛ لأنه يمكن الوقوفُ عليه عند البيع، وهو وصفٌ مرغوب، كالخَبزِ والكتابة.

(و)شرط (كونِ الجارية ما ولَدتْ)، فيجوز، وله ردُّها؛ لأن الولادة توجب نَقصًا في القوة.

(و)شرط (إيفاءِ الثمنِ في بلدٍ آخَر)، «فإن كان حالًا: فسَد البيع، وإن مؤجَّلا: جاز، والشرط باطل، إلا أن يكون له مؤنةٌ فيُعتبَر»، «ولوالجية»[٤]. فيُقيَّد به إطلاقُ المصنِّف.

(و)شرطِ (الحمل إلى منزل المشتري فيما له حملٌ ومُؤنةٌ، فـ)يجوز (إن) كان

---

(١) «بدائع الصنائع»، كتاب البيوع، فصل في شرائط الصحة في البيوع (٥/ ١٦٩).

(٢) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، قبيل فصل في خيار الرؤية (٣/ ٥٠).

(٣) انظر: «عمدة الناظر» (ل/ ١٧٢/ ب).

(٤) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل الثاني في الشروط التي تفسد البيع (٣/ ١٧٨).

(بالفارسية)؛ لأنهم لا يفرِّقون بين الحمل والإيفاء، فكان كشرط الإيفاء، فلا يفسُد، بخلافه في العربية، فإنه لا يجوز؛ لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقد، وإنما يقتضيه الإيفاءُ، وهو يتصوَّر بدون الحمل.

وفي «الخانية»: «اشترى متاعًا على أن يحمله البائعُ إلى منزله: لم يجُز. وإن اشتراه على أن يُوفِيَه في منزله: جاز عندهما، خلافًا لمحمد. وإن كان البائعُ خارجَ المصر: لم يجُز في قولهم»[1]، انتهى.

هذا إذا كان الشرطُ في صُلْبِ العقد، وإلا فلا. فلو اشترى حطَبًا في قرية من رجل، وقال موصولًا بالشراءِ من غير شرط في الشراء: احمِلْه إلى منزلي، لا يفسُد، بل هو كلامٌ ابتداءً بعد تمام البيع، فلا يوجب الفساد.

وفي «الزيادات»: «اشترى حملَ حطبٍ: فعلى البائع أن يأتيَ به إلى منزل المشتري؛ لأنه مشروطٌ عرفًا، أي: يجعل المشتري شارطًا الإيفاء في منزله، لا شارطًا الحملَ؛ لأن شرط الحمل يُفسِد العقد، وشرطَ الإيفاء لا يفسِده عندهما، خلافًا لمحمد»، انتهى.

(و)شرط (حَذْوِ النعل[2])، والقياسُ فساده؛ لأن فيه نفعًا للمشتري، وجُوِّز للتعامُل، (وخَرْزِ الخُفِّ)، وكذا لو البائعُ (شرَط جعلَ رُقعةٍ على الثوب وخياطتَها)؛ للتعامُل.

(و)شرطِ (كون الثوب سُداسِيًّا): جاز، فإن وجَده أقلَّ: خُيِّر المشتري، إما أن

---

(١) لم أجد هذه المسألة في «فتاوى قاضي خان»، لكن فيها المسألة التي قبل هذه. انظر: كتاب البيوع، باب السلم، فصل فيما يجوز السلم فيه (٢/ ١٢٥).

(٢) في (ع): (الفعل)، والتصحيح من المطبوع.

يأخُذَه بكلِّ الثمن أو يرُدَّه؛ لأنه يُدرِك بالعَيان، بخلاف ما لو اشتراه على أنه هرَوِيٌّ فإذا هو مَرْوي، لا يجوز؛ لاختلاف الجنس.

(و)شرط (كونِ السويق مَلتوتًا بمَنٍّ سَمْنٍ): جاز، ولو ظهَر دونه والمشتري يراه: لا خيارَ له، ولو لم ينظُرْه: لم يجُز، كما في «المقدسي».

(و)كذا شرط (كونِ الصابون مُتَّخذًا من كذا جَرَّةٍ من الزيت)، ثم ظهَر أنه أقلُّ، فإن كان المشتري يراه: لا خيارَ له.

(و)شرط (بيع العبد)، بأن قال: على أن تبيعَه، جاز؛ لعدم المطالِب، (إلا إذا قال: من فلان)، أو من البائع، فسَد؛ لأن له مطالِبًا.

(و)كذا لو شرَط (جعلَها)، أي: الدار مثلا، (بِيعةً، والمشتري ذِمِّيٌّ): فإنه يجوز البيعُ لعدم المُطالب، (بخلاف اشتراط أن يجعلَها المُسلِم مسجِدًا)، فإنه مفسِدٌ؛ لأن المسجد يخرُج عن ملكه لله تعالى، فله مطالِبٌ، كما لو باعها على أن يجعلها سِقاية أو مَقبرة للمسلمين.

(و)شرط (رِضَى الجيران) إن عيَّنهم في بيع الدار: جاز، أي: قال: فلان وفلان، كما قاله أبو الليث، وقال الصفَّار: لا تجوز.

وهذه المسائلُ (الكلُّ) منقولةٌ (من «الخانية») غيرَ مرتَّبةٍ هذا الترتيب، بل ذكَرها مشوبةً بأضدادها في فصلِ الشروط الفاسدة[1].

قال المقدسي: **كلُّ شرطٍ يُشتَرط على البائع فيفسد إذا شُرِط على الأجنبيِّ: فالشرطُ باطلٌ**، كشرط أن يهَب له عشرين أو يهَب لي فلانٌ عشرين، **وما شُرِط على البائع ولا يفسُد به فإن شُرِط على الأجنبيِّ يجوز، ويكون له الخيارُ، كذا في** «الدراية».

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب السلم، فصل فيما يجوز السلم فيه (٢/ ١٢٣).

وظاهرُه الإطلاق، لكن في «الذخيرة»: «ولو قال بالواو، بأن قال: بعتُكَ بكذا وعلى أن تُقرِضَني كذا: فالبيعُ جائزٌ، ولا يكون شرطًا، نظير ما لو قال: دفعتُ لك النخلَ معامَلةً على أن تَزرَع [الأرضَ البيضاء: فسدَتْ المُعاملةُ، واعتُبِر قولُه: على أن تزرَع] شرطًا المُزارَعة في المعاملة، ولو قال: وعلى أن تزرَع، لم تفسُد المزارعة. ويُعرَف من هاتَين كثيرٌ من المسائل»[١]، انتهى.

ولو أخرَج الشرط مخرجَ الوعد: لم يفسد، كأن باعَه بُستانًا على أن يُعمِّر حوائطَه، وأخرجَه مخرجَ الوعد، لكن لو لم يُعمِّر: لم يجبر[٢]، ويُخيَّر المشتري. وبيَّن الولوالجيُّ الوعدَ بأن يقول: «اشترِ حتى أبنيَ الحوائط»[٣]، انتهى.

[فائدة: الجَودةُ في الأموال الربويَّة هدَرٌ، إلا في أربع مسائل]

(**الجَودة في الأموال الربوية هدَرٌ**)، لا قيمة لها عند المقابَلة بجنسها، بخلاف غيرها. والأصلُ أن تكون الجودةُ مُتقوِّمة في الأموال كلِّها؛ لأنها صفةٌ مرغوبة يُبذَل العوضُ في مقابلتها، إلا أن «الشرع أسقَط اعتبارها في الأموال الربوية، فقال عليه الصلاة والسلام: «جيِّدُها ورَدِيئُها سواءٌ»[٤]، **والساقطُ شرعًا بمنزلة العدمِ حقيقة**»، «بدائع»[٥].

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب البيوع، الفصل السابع في الشروط التي تفسد البيع والتي لا تفسده (٩/ ٤٦٥ـ٤٦٦).

(٢) كذا في (خ). وفي (ع): (لم يجز).

(٣) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل الثاني في الشروط التي تفسد البيع (٣/ ١٧٩).

(٤) قال في «نصب الراية» (٤/ ٣٧): «غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث ابن سعيد المتقدم في الحديث الأول».

(٥) «بدائع الصنائع»، كتاب الزكاة (٢/ ٧٣).

فلو كان لرجل على آخر ألفُ درهم جِياد، فاستوفَى زيوفًا، فلم يعلم حتى هلكتْ أو أنفَقها، ثم علِم: فلا شيء له عندهما، خلافًا لأبي يوسف، فإنَّ عليه أن يَرُدَّ مثل الزيوف ويرجِع بالجياد؛ لأن الرُّجوع بالنقصان باطلٌ لاستلزامه الرِّبا؛ قال في «العيون»: ما قاله أبو يوسف أحسنُ وأدفعُ للضرورة، فاخترناه **للفتوى**. وقيَّد بكونها هلكَتْ أو أنفَقها؛ لأنها لو كانت قائمةً: ردَّها ويرجِع بالجياد عندهم، وبكونه لو لم يعلَم؛ لأنه لو علِم: سقَط حقُّه إجماعًا.

(**إلا في أربع مسائلَ**)، فإن الجودة فيها ليست هدَرًا، بل تُعتبَر:

الأوَّل منها: في (**مالِ المريض**) إذا باع قفيزًا من حنطة جيِّدةٍ بقفيزٍ رديءٍ: (**تُعتبَر من الثلُث**)، فإن خرَجتْ الجودةُ منه: يُنفَذ، وإلا فلا، «بيري»[(١)].

(**و**)الثانية: في (**مال اليتيم**)، فلا يجوز للوصيِّ بيعُ قفيزٍ من حنطة جيِّدةٍ بقفيزٍ رديءٍ؛ لما فيه من الإضرار باليتيم.

(**و**)الثالثة: في (**مال الوقف**)، فإن الجودة تُعتبَر فيه دفعًا للإضرار.

(**و**)الرابعة: في (**القُلْب**)، بضمِّ القاف، ما يُلبَس في الذِّراع من الفضة، فإن كان من ذهَبٍ: فهو السِّوار، (**الرهنُ**)، صفةٌ للقُلْب، (**إذا انكسَر ونقَصتْ قيمتُه**) بالكَسْر، يعني: لو رهَن قُلْبَ فضةٍ ساوَتْ قيمتُه وزنَه، فانكسَر، فنقَصتْ قيمتُه: (**فللرَّاهن تضمينُ المرتهن قيمتَه ذهبًا، وتكون رَهنًا**) مكانَه، ويملِك المكسورَ بالضمان، (**كما ذكره الزيلعي في**) كتاب (**الرهن**[(٢)]).

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٣٥).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الرهن، باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به (٦/ ٧٥).

«ولا معنى لتصويب الحمَوي «قيمته مَصُوغًا» مكانَ «ذهبًا»[١]، مع أنه لو قال ذلك: لا يصح إلا أن تكون القيمةُ التي ضمِنها من خلاف جنسه. فتقييدُه بقوله: ذهَبًا، هو الصواب»، «شيخنا»[٢].

[ضابط: كل ما جاز إيرادُ العقد عليه بانفراده صحَّ استثناؤُه منه]

(كلُّ ما جاز إيرادُ العقد عليه بانفراده صحَّ استثناؤُه منه)، ويصير العقدُ على الباقي. هذا قاعدةٌ مذكورة في عامَّة المعتبَرات، وتفرَّع عليه مسائلُ كثيرةٌ ذكروها في البيوع، قالوا: فصحَّ استثناءُ أرطالٍ معلومة من بيعِ تمرِ نخلةٍ؛ لجواز إفرادِه بالعقد، ولا يجوز استثناءُ شاةٍ من قطيعٍ؛ لعدم جواز إفراده بالعقد إذا لم يكن معلومًا، وكذا الحال في كل عدَدِيٍّ متفاوِت.

(إلا الوصية بالخدمة، فإنه يصحُّ إفرادُها) بالعقد (دون استثنائها)، فلو أوصَى بجارية إلا خدمتَها أو إلا غلَّتها: لا يصحُّ؛ لأن الوصيَّة ليست بعقدٍ، حتى صح قبولُ الموصَى له بعد موت الموصِي، والعقدُ بعد الموت لا يصح. وإنما صح إفرادُها لأن المنافع، كما تُملك في الحياة ببدَلٍ وبغيره، فكذا بعد الموت للحاجة، كما في الأعيان.

[فائدة: كلُّ مَن اشترى ما لم يَرَه فله الخيارُ إذا رآه]

(كلُّ مَن اشترى ما)، أي: شيئًا من الأعيان، لا الأثمان، كما في «المقدسي»، (لم يرَه)، أي: يعلَم المقصودَ منه، من باب عموم المجاز، فصارت الرؤيةُ من أفراد المعنى المجازيِّ ليشمَل ما إذا كان المبيعُ لا يُعرف إلا بالشَّمِّ كالمِسك، وما لا يُعرف إلا بالذَّوق، وما اشتراه بعد رؤيته فوجَده متغيِّرًا، وما اشتراه الأعمى.

---

(١) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٨٤).

(٢) «عمدة الناظر» (ل/ ١٧٤/ ب).

(وقتَ العقد، وقبله، ووقتَ القبض)، متعلِّقاتٌ بالرُّؤية.

(فله الخيارُ إذا رآه، إن شاء أخَذه وإن شاء ترَكه)، كما ورَد ذلك في الحديث[١]، ولو رضِي قبله؛ لأن الخيار متعلِّق بالرؤية، فلا يثبُت قبلها، بخلاف خيارِ العيب.

وهذا الإطلاقُ يقتضي جوازَ البيع، سواءٌ سمَّى جنسَ المبيع أو لا، وسواءٌ أشار إلى مكانه أو لا. وقد اختُلف فيه، لكن في «الذخيرة»: إن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرطُ الجواز بالإجماع، حتى لو لم يُشِرْ إليه ولا إلى مكانه: لا يجوز إجماعا، مثل أن يشتري ثوبًا في جراب، أو زَيتا في زِقٍّ، أو حنطةً في غرارة من غير أن يرى شيئا، ومنه: بعتُكَ دُرَّةً في كُمِّي صفتُها كذا، أو هذه الجاريةَ وهي حاضرةٌ متنقِّبةٌ؛ لبُعدِ القول بجواز ما لم يُعلَم جنسُه أصلا، كـ: بعتُك شيئًا بعشرة[٢]، كذا في «الفتح»[٣]، ومثله في «العناية»[٤].

وفي «الحواشي السعدية» و«حواشي أخي جلبي»: وفي كون هذا شرطَ جوازِ البيع بالإجماع فيه كلامٌ، والأصحُّ الجواز. واستظهر المقدسيُّ أنه شرط. وقال الشافعي: هذا البيعُ غيرُ جائزٍ، كالبيع بالرقم. ولنا: ما رَوينا.

ولا يقال: يُعارِضه حديثُ حكيم بن حِزام: «لا تَبِعْ ما ليس عندك»[٥]، والمراد

---

(١) رواه الدارقطني في «سننه»، كتاب البيوع (٣/ ٤)، برقم (١٠).

(٢) عبارة «الذخيرة البرهانية»، كتاب البيوع، الفصل السادس في بيان ما يجوز بيعه وما لا يجوز، نوع في جهالة المبيع أو الثمن (٩/ ٤١٩): «والإشارة إلى مكان البيع كافية للإعلام، حتى إن من قال لغيره: بعتك جميع ما في هذا البيت، بعتك جميع ما في كفي: يجوز البيع، ويصير المبيع معلوما بالإشارة».

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب خيار الرؤية (٦/ ٣٣٥).

(٤) «العناية»، كتاب البيوع، باب خيار الرؤية (٦/ ٣٣٥).

(٥) رواه الترمذي في «سننه»، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم (١٢٣٢).

ما ليس بمَرْئِيٍّ للمشتري؛ لإجماعنا إذا كان المشتري رآه: فالعقدُ جائز، وإن لم يكن حاضرًا عند العقد. قلنا: بل المراد بيعُ ما ليس بملكِهِ؛ بدليل قصة الحديث، فإن حكيمَ بن حزامٍ قال: يا رسول الله، إن الرجل يطلب مني سلعةً ليست عندي، فأبيعُها منه، ثم أدخُل السوق فأستجيدها، فأَشتريها، فأُسلِّمها إليه، فقال له عليه الصلاة والسلام: «لا تَبِعْ ما ليس عندك»، وتمامُه في «المنح».

وفي «الفصول العمادية»: «اشترى دارًا، واستثنى منها بيتًا معيَّنًا: لا بد من رُؤيةِ المُستثنَى لإبطال خيارِ الرؤية، فكما يُشترَط رؤيةُ المبيع لإسقاط الخيار يشترَط رؤيةُ المستثنى؛ لأن جهالة وصفِ المستثنَى يوجِب جهالةً في المستثنى منه»، انتهى. فهذا يدل على أن قولهم: رؤيةُ المبيع فحسب مُسقِطةٌ للخيار، غيرُ مسلَّمٍ على إطلاقه.

ثم إن هذا الخيار غيرُ مؤقَّتٍ بوقتٍ على **الأصحِّ**، وقيل: مؤقَّتٍ بإمكان الفسخ، فلو لم يفسَخْ بعده بطل.

وقيَّد بالشراء؛ لأنه لا خيار للبائع إذا باع ما لم يرَه، وهو الذي رجع إليه أبو حنيفة، كما في «الهداية»[1].

(**إلا إذا حمَله**)، أي: البائعُ المبيعَ، (**إلى بيت المشتري**)، فرآه: (**لا يرُدُّه**)؛ لأنه لو ردَّه: احتاج إلى الحمل، فيصير كعيبٍ حدَث عند المشتري، (**إلا إذا أعادَه**)، أي: المشتري، (**إلى البائع**)، «يعني: ولم يرَه[2]؛ لقوله: فرآه لا يرُدُّه»، «حموي»[3].

---

(١) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب خيار الرؤية (٦/ ٣٣٩).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ولم يره... إلخ. هذا خطأ فاحش).

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٨٤).

[فائدة: بيعُ الفضولي موقوفٌ، إلا في ثلاث]

(بيع الفضولي موقوفٌ) على إجازة المالك بشرط بقاءِ العاقدَين، والمبيعِ، والمالكِ الأوَّل، وبقاءِ الثمن إن كان عرْضًا. وإذا توفَّرت هذه الشروطُ، وأجاز المالكُ: فالثمن العرضُ مِلكُ الفضولي، وعليه مثلُ المبيع لو مثليًّا، وإلا فقيمتُه، وغيرُ العَرْضِ ملكٌ للمُجيز، أمانةٌ في يد الفضولي مطلقًا، كما جزم به الزيلعيُّ[1] وابنُ ملك، إلا إذا هلك في يده قبل الإجازة، ولم يعلم المشتري وقتَ أدائه أنه فضوليٌّ: فيكون مضمونًا، كما اعتمده صاحبُ «الفتح»[2] وابنُ الشحنة.

(إلا في ثلاث) مسائل، فباطلٌ:

(إذا «شرَط) الفضوليُّ (الخيارَ فيه للمالك) المكلَّف»، «در مختار»[3]. علَّله في «فروق» الكرابيسي[4] بقوله: «لأنه له بدون الشرط، فيكون الشرط له مُبطِلًا»، انتهى. قال الحصكفي في «حاشيته» على «المنح»: «وينبغي أن يكون الشرطُ لغوًا فقط، فتدبَّر»، انتهى. وهكذا في «النهر»[5].

وكذا «لو شرَطه للمشترى له، بأن قال: اشتريتُ هذا لفلانٍ بكذا على أن فلانًا بالخيار ثلاثةَ أيام: لا يتوقَّف»، كما في «الخانية»[6].

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق، باع ملك غيره (٤/ ١٠٤).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق، فصل في بيع الفضولي (٧/ ٥٦).

(٣) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤٢١).

(٤) بل في «فروق» المحبوبي، كما في «الحموي» (٢/ ٢٩٢) نقلا عنه.

(٥) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب الحقوق (٣/ ٤٩١).

(٦) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٤٠).

(وهي)، أي: هذه المسألة، (في «التلقيح»[١])، وسينقُلها عن «فروق» الكرابيسي.

(و)إلا (فيما إذا باع لنفسه[٢])، فإنه لا يتوقَّف على إجازة المالك الأوَّل؛ لأنه لم ينعقد أصلا، (وهي في «البدائع»[٣]).

ويُشكل بما قالوا من أن المبيع إذا استُحِقَّ لا ينفسِخ العقدُ في ظاهر الرواية بقضاء القاضي بالاستحقاق، وللمُستحِقِّ إجازتُه؛ لأن البائع باع لنفسه، لا للمالك الذي هو المُستحِقُّ، مع أنه يتوقَّف على الإجازة، انتهى، «منح».

وفي «النهر»: «اشترى عبدًا من غاصب، فأعتقَه أو باعه، فأجاز المالك: نفَذ العتقُ، لا البيع... إلخ. اعلَمْ أن كلامهم هنا يفيد أن بيعَ المشتري من الغاصب موقوفٌ، والمصرَّح به في «المعراج» وغيره أنه غيرُ موقوف؛ لأن فائدتَه النفاذ، ولا تحقُّق له، وهذا معنى قول «البدائع»: الفضوليُّ إنما ينعقِد بيعُه موقوفًا إذا باعه لمالكه، وأما إذا باعه لنفسه: لا ينعقد. وعلى هذا فتعليلهم بأنه طرأ مِلكٌ باتٌّ على موقوفٍ لغيره

---

(١) أي: «تلقيح العقول في فروق المنقول» لصدر الشريعة.

(٢) في هامش (ع) تعليق لم يتبين لي موضعه: (قيد بالبيع؛ لأن الشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذا على المشتري، حتى لو اشترى حر بالغ لرجل بغير أمره: كان ما اشتراه لنفسه، أجاز الذي اشتراه له أو لم يجز، وإن لم يجد نفاذا عليه: توقف على إجازة من اشترى له، كالصبي المحجور والعبد المحجور إذا اشتريا شيئا لغيرهما، فإن أجيز: جاز وإلا فلا، وتصرف العهدة إلى المجير دون العاقد. وهذا إذا أضاف العقد إلى نفسه، وأما إذا أضافه إلى الذي اشتراه له، بأن قال: بع عبدك هذا من فلان بكذا، وقبله: فإنه يتوقف على إجازة من قبل له، ولو قال: اشتريت كذا لأجل فلان، وقال البائع: بعته منك لأجل فلان، فقال المشتري: قبلت، نفذ على نفسه ولا يتوقف. وهذا إذا لم يسبق من فلان التوكيل ولا الأمر، فلو سبق أحدهما فاشترى الوكيل: نفذ على الموكل، وإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه: تنصرف العهدة إليه إن كان من أهل الشراء لنفسه، وإلا تنصرف إلى الموكل، انتهى، «منح»).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب البيوع، فصل في الشرط الذي يرجع إلى المعقود عليه (٥/ ١٥٠ـ١٥١).

مشكِلٌ، إلا أن يقال: على ما من شأنه أن يكون موقوفًا، وهو بعيد»[١]، انتهى.

ولم يذكُر حكمَ ما إذا باعه واشتراه الفضوليُّ من نفسه، وهو معروفٌ؛ لما تقرَّر أن **الواحد لا يتولَّى الطرفَين في البيع**، إلا الأب، وقد مرَّ.

(و)إلا (فيما إذا باع عَرْضًا من غاصبِ عرضٍ آخَر للمالكِ به)، يعني: إذا تبايَع غاصِبان عرضَين لرجلٍ واحدٍ، فأجاز المالك: لم يجُز؛ لأن فائدة البيع ثبوتُ الملك والتصرُّف، وهما حاصِلان للمالك في البدلَين بدون هذا العقد، فلم ينعقِد، فلم تلحَقْه الإجازةُ. ولو غصَبا من رجلَين وتبايَعا، وأجاز المالك: جاز. ولو غصَبا النقدَين من واحدٍ، وعقَدا الصرفَ وتقابَضا، ثم أجاز: جاز؛ لأن **النقود لا تتعيَّن في المعاوَضات**.

ويُزاد على ما ذكره المصنف: بيعُ الفضوليِّ مالَ الصغير، وبيعُه مالَ المجنون، فإنه لا يتوقَّف، وهما في «الحاوي القُدسي»، حيث قال: «**كلُّ عقدٍ له مجيزٌ حال وقوعِه يتوقَّف على إجازته، وما لا مجيزَ له لا يتوقَّف ويبطُل للحال**، حتى إن تصرُّفات الفضولي في حق الصغير والمجنون لا تنعقِد أصلا»[٢]، ومثلُه في «العمادية».

وهل المراد بـ«أن يكونَ له مجيزٌ حال العقد» المجيزُ بالفعل أو القوة؟ ذهب إلى كلٍّ قومٌ، واستشهد كلٌّ بفروع.

وفي «الفتح»: «**كلُّ عقدٍ صدَر من فضوليٍّ، وله مجيزٌ حالَ العقد: انعقَد موقوفا**. وفسَّر المجيزَ في «النهاية» بقابلٍ يقبل الإيجابَ، سواء كان فضوليًّا أو وكيلا أو أصيلا، فإن كان له مجيزٌ حالةَ العقد يتوقَّف، وإلا بطل.

---

(١) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب الحقوق (٣/ ٤٩٢ ـ ٤٩٣).

(٢) «الحاوي القدسي»، كتاب البيوع، باب البيوع الجائزة، فصل: تصرف الفضولي (٢/ ٢١).

بيانه: الصبيُّ إذا باع ماله، أو تزوَّج، أو زوَّج أمتَه، أو كاتَب عبدَه، أو نحوه: يتوقَّف على إجازة الوليِّ في حال الصغر، فلو بلغ قبل أن يُجيزَه الوليُّ، فأجاز بنفسه: نفذ، ولا ينفذ بمجرَّد بلوغه. ولو طلَّق الصبيُّ امرأته أو خالَعها، أو أعتق عبدَه ولو على مالٍ، أو تصدَّق، أو زوَّج عبدَه، أو باع ماله بمُحاباةٍ فاحشة، أو اشترى بأكثرَ من القيمة بما لا يُتغابَن فيه، أو غير ذلك مما لو فعَله وليُّه لا ينفذ: كانت هذه التصرُّفاتُ باطلةً غيرَ متوقِّفةً، ولو أجازها بعد البلوغ؛ لعدم المجِيز وقتَ العقد، إلا إذا كان لفظُ الإجازة يصلُح لابتداء العقد، فيصحُّ على وجه الإنشاء، كأن يقول بعد البلوغ: أوقَعتُ ذلك الطلاق أو العتاق»[١]، انتهى. قال في «الفتح»: «وهذا يوجِب أن يُفسَّر المجيزُ بمن يقدِر على إمضاء العقد[٢]»[٣].

قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا: «ولا يلزم عليه المكاتب إذا تكفَّل بمالٍ، ثم عتَق، حيث تصح هذه الكفالةُ، وإن لم يكن لها مجيزٌ حالَ وقوعها حتى يؤاخَذ بها[٤]. وكذا لو وكَّل المكاتَبُ رجلا بعتق عبدِه، ثم أجاز هذه الوكالةَ بعد العتق: نفَذت وكالتُه، وإن لم يكن لها مجيزٌ حال العقد. وكذا لو أوصَى بعينٍ من ماله، ثم عتق فأجاز الوصيةَ: تصح؛ لأن كفالتَه جائزةٌ في حق نفسه نافذةٌ عليه؛ لأنه التزامُ المال في الذمة، وذمَّتُه قابلةٌ للالتزام، وإنما لا تظهر في الحال لحقِّ المولى، فإذا زال المانعُ بالعتق: ظهر موجَبه.

---

(١) «فتح القدير»، كتاب النكاح، فصل في الوكالة بالنكاح (٣/ ٣٠٧ـ٣٠٨).

(٢) لا بالقابل مطلقا، ولا بالولي.

(٣) «فتح القدير»، كتاب النكاح، فصل في الوكالة بالنكاح (٣/ ٣٠٨).

(٤) أي: بعد الحرية.

وأما التوكيلُ والوصية، فالإجازة فيهما إنشاءٌ؛ لأنهما ينعقِدان بلفظ الإجازة، والإنشاء لا يستدعي عقدًا سابقا»[١].

قال في «الزواهر»: «وهذا يشهد لمن قال: إن المراد بالمجيز المجيز بالفعل»، انتهى.

[فائدة: بيعُ البَراءات لا يصحُّ]

(بيعُ) ما عُيِّن في (البراءات)، وهي (التي يكتُبها الدِّيوانُ[٢] على العُمَّال[٣]، لا يصحُّ؛ لأنه بيعُ معدوم، وهو باطل.

(فأُورِد بأن أئمَّة بُخارى جوَّزُوا بيعَ) ما عُيِّن في (حظوظ[٤] الأئمَّة) في الأوقاف.

(ففُرِّق بينهما بأن مال الوقف قائمٌ ثمَّة)، أي: في بيع حظوظ الأئمَّة، (ولا كذلك هذا)، أي: في بيع البراءات، (كذا في «القنية»).

قال في «البحر»: «يُستفاد منه أنه يجوز للمستحِقِّ أن يبيع خُبزَه قبل قبضه من المشرِف[٥]، بخلاف الجُنديِّ إذا باع الشعيرَ المعيَّن لعَلَفِ دابَّتِه قبل قبضه»[٦]، انتهى.

قال في «النهر»: «والظاهر أن ما في «القنية» ضعيفٌ؛ لاتفاقهم على أن بيع المعدوم لا يصح، وحظُّ الإمام لا يُملَك قبل القبض، فأنَّى يجوز بيعه؟ وكُنْ على

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، باب الأولياء والأكفاء، فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها (٢/ ١٣٣).

(٢) كذا في (خ). وفي (ع): (أهل الديوان).

(٣) كذا في النسخ. وفي «الحموي»: (للعمال).

(٤) كذا في (خ). وفي الأصل: (خطوط).

(٥) في النسخ: (المشارف). والمثبت من «البحر الرائق».

(٦) «البحر الرائق»، كتاب البيع، شرائط البيع (٥/ ٢٨٠).

ذُكِرَ مما ذكره ابن وهبان في كتاب الشرب: **ما في «القنية» إذا كان مخالِفًا للقواعد لا يُلتفَت إليه ما لم يَعضُده نقلٌ**»[١]، انتهى.

[فائدة: بيع المعدوم باطلٌ]

(**بيعُ المعدوم**)، وهو ما ليس في ملكه، (**باطلٌ**)، «وإن حصَله وسلَّمه في المجلس على **الصحيح**»، «فصولين»[٢].

«ومنه: بيعُ ما أصلُه غائبٌ، كجَزَر وفُجْلٍ، أو بعضُه معدوم، كوَرْدٍ وياسمين وورقِ فرصاد، وجوَّزه مالكٌ للتعامُل، وبه أفتى بعضُ مشايخنا عملا بالاستحسان. وهذا إذا نبَت ولم يُعلَم وجودُه، وإلا جاز، وله خيارُ الرُّؤية، وتكفي رؤيةُ البعض عندهما، **وبه يُفتَى**»، كذا في «الدر المختار»[٣] عن «شرح المجمع».

(**إلا فيما يستجِرُّه الإنسان من البقَّال**)، كالزيت والمِلح ونحوها، (**إذا**) اشتراها و(**حاسَبه على أثمانها بعد الاستهلاك، فإنه جائزٌ استحسانا، كذا في «القنية»**).

وأُورد عليه أن هذا في الحقيقة تضمينُ ما أتلَفه بغير وجهٍ شرعي، وليس هو بيعَ معدوم. وفي «النهر» أنه «بيعٌ بالتعاطي»[٤]، لكن في «الخلاصة»: شرطُ بيع التعاطي أن لا يكون بعد عقد فاسد أو باطل[٥]، فإن كان: لم ينعقِدْ به قبل

---

(١) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع (٣/ ٣٣٦).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها (٢/ ٥٠).

(٣) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤١٣).

(٤) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع (٣/ ٣٣٦).

(٥) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الثاني فيما يكون بيعا، ما يتصل بهذا مسائل التعاطي (٣/ ٢٠ و٣/ ٢١).

المُتارَكة؛ لأنه بناء على السابق، وصرَّح في «خزانة الأكمل» أن هذا البيع فاسد[١].

فهذانِ الفرعان اللَّذانِ ذكرهما عن «القنية» في تخريجهما نظرٌ.

[فائدة: كل من باع أو اشترى أو آجر ملك الإقالة، إلا في مسائل]

(كلُّ من باع، أو اشترى، أو آجَر: ملَك الإقالة). وهي رفعُ العقد، وتصحُّ بلفظَين ماضِيَين أو أحدُهما مستقبَلٌ، خلافًا لمحمد، وتتوقَّف على القبول في المجلس، كالبيع.

(إلا في مسائل) لا يملِك فيها الإقالة:

الأُولى: (اشترى الوصيُّ من مديون الميِّت دارًا بعشرين، وقيمتُها خمسون)، ثم أقال المشتري المديونَ: (لا تصح الإقالةُ)؛ رعايةً لحقِّ الصغير.

الثانية: (اشترى العبدُ المأذونُ) المديونُ (غُلامًا بألفٍ، وقيمتُه ثلاثة آلاف)، فأقال البيع: (لا تصحُّ) الإقالةُ؛ رعايةً لحقِّ الغُرماء.

(ولا يملِكان)، أي: الوصيُّ والمأذون، (الردَّ بعيبٍ) إذا ظهر في مَشرِيِّهما؛ لما فيه من الإضرار باليتيم والوليِّ، (ويملِكانه)، أي: الردَّ، (بخيار شرطٍ أو رُؤية)؛ لعدم تمام الصفقة فيهما.

(والمُتولِّي على الوقف لو آجَر الوقفَ، ثم أقالَ) المستأجِرَ، (ولا مصلحةَ) في الإقالة: (لم تصحَّ) هذه الإقالةُ (على الوقف). وأما إذا كان في إقالته مصلحةٌ، فتجوز، كما تقدَّم في الوقف. ومثل ما ذكر ما لو اشترى شيئًا بأقلَّ من قيمته، ليس له الإقالةُ.

---

(١) عبارة «خزانة الأكمل»، كتاب البيوع، من فتاوى الفقيه، معاملة (٢/ ٥٣٦): «إذا قبض من البقال شيئا على ثمن مسمى على أنه سيقاطعه على ثمنه بعده: فهذا بيع فاسد».

(والوكيلُ بالشراء لا تصح إقالتُه) إجماعًا، (بخلافه)، أي: الوكيل، (في البيع)، (فـ)إنه (تصحُّ) إقالتُه، (ويضمَن) إذا كانت إقالتُه بعد قبض الثمن. وأما قبله، فيَملكها عند محمد»، «بحر»[١] عن «الظهيرية». لكن في «جامع الفصولين»: «إن الوكيل لو قبض الثمنَ لا يملك الإقالة إجماعًا»[٢]، وفي «البزازية»: «الوكيلُ بالبيع يملك الإقالةَ قبل القبض وبعده، من عيبٍ أو غيره»[٣].

«وقال بعض الأفاضل: إن إقالة الوكيل تصح ويضمَن، أي: يسقُط الثمنُ عن المشتري عندهما، ويلزم المبيعُ الوكيلَ، وعند أبي يوسف: لا يسقُط الثمنُ عن المشتري»، «شيخنا»[٤].

(و)الخامسة: (الوكيل بالسَّلَم)، أي: بشرائه، (على خلافه)، أي: الوكيل بالبيع، فإنها صحيحةٌ[٥] ولا يضمن.

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب الإقالة (٦/ ١١١).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي (٢/ ١٩).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع، نوع في المستبضع (٥/ ٤٨١).

(٤) «عمدة الناظر» (ل/ ١٧٧/ ب).

(٥) في هامش (خ): (قوله: فإنها صحيحة. الذي تقتضيه المخالفة أنها غير صحيحة، وهو ما فهمه في «الدر» ونقله بقوله: من ملك البيع ملك إقالته إلا في خمس: الثلاثة المذكورة، والوكيل بالشراء، قيل: وبالسلم، «أشباه»، انتهى بحروفه. نعم؛ ذكر في «القنية» أن إقالة الوكيل بالسلم جائزة عند أبي حنيفة ومحمد، كالإبراء، وأراد بإقالة الوكيل بالسلم الوكيل بشراء السلم، بخلاف الوكيل بشراء العين. وفي «جامع الفصولين»: الوكيل بالسلم لو أبرأه عن السلم أو أقاله، واحتال به: صح وضمن عندهما، ولم يجز عند أبي يوسف، انتهى. فقول هذا الشارح: صحيحة ولا يضمن، فيه تأمل. ولعل عبارة المصنف على خلاف من غير ضمير، أي: على قوله، وهو الذي نقله في «الدر» بقوله: قيل: والسلم، عطفا على الوكيل بالشراء).

[فائدة: تصحُّ إقالةُ الوارث والوصيِّ، وللوارث الردُّ بالعيب دون الموصَى له]

(تصحُّ إقالةُ الوارث والوصيِّ) فيما باعه أو باعه الميِّتُ، (دون الموصَى له)، فإنه لا تصحُّ إقالتُه. وأطلق في إقالة الوصيِّ تبعًا للجامع، وهو مقيَّدٌ بما إذا لم يقع بأكثر من القيمة، وإلا فلا تصح إقالتُه.

(وللوارِث الردُّ بالعيب)؛ لأنه استحقَّه سليمًا بكذا، فكذا وارثُه، لا أنه ورِث خيارَه، «در منتقى»[1]، (دون الموصَى له)، فليس له الردُّ بعيبٍ. وكذا يورَث خيارُ التعيين، بخلاف خيار التغرير[2]؛ لأنه حقٌّ مجرَّدٌ، كخيار الشرط. وتقدَّم أن هذا الذي أفتى به العلامةُ المقدسيُّ خلافًا للتمرتاشي في «المنظومة الفقهية».

[فائدة: لا تصح الإجازة بعد هلاك العين، إلا في مسائل]

(لا تصحُّ الإجازةُ)، بالزاي، (بعد هلاكِ العين)، أي: المبيع، (إلا في اللُّقَطة)، فإنه لو باعَها المُلتقِط بغير إذن القاضي، ثم حضر صاحبُها وقد هلكَتْ في يد المشتري: فالمالكُ مخيَّرٌ، إن شاء ضمَّن البائعَ، وعند ذلك ينفُذ البيعُ من جهة البائع في ظاهر الرواية، وفي غيرها يبطُل البيع، كذا في «الخلاصة»[3].

وهكذا قالوا في الملتقِط: إذا تصدَّق، فهلكَتْ العين، وأجاز المالكُ بعد الهلاك: صحَّت، «منح».

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، أواخر باب الخيارات (٣/ ٤٨).

(٢) خيار التغرير: هو ما إذا أغر البائع المشتري، أو بالعكس، ووقع البيع بينهما بغبن فاحش. انظر: «الدر المنتقى» (٣/ ٤٨).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب اللقطة (٤/ ٤٣٥).

وفي الوديعة إذا باعَها المُودَع، ثم هلكَتْ، فضمَّن المالكُ البائعَ: لم ينفُذ البيعُ اتفاقًا.

(و)إلا في (إجازة الغُرماء بيعَ المأذون المديونِ بعد هلاك الثمن)، يعني: إذا باعَ المأذونُ المديونُ المستغرَقُ بالدَّين بغير إذنِ الغرماء: فالبيعُ موقوفٌ على إجازتهم، فلو أجازوا ولو بعد هلاك الثمن: صحَّت الإجازة، ولهم أن يُضمِّنوا البائعَ الثمن؛ لأن **الإجازة اللاحقة كالإذن السابق**.

وقيَّده بعضهم بإجازة الكلِّ، فلو أجاز البعضُ ونقَض البيع بحضرة العبد والمشتري: لا تصحُّ الإجازةُ، ويبطُل البيع[1]، انتهى.

ونقل البيريُّ عن القاضي أنهم لو أجازُوا بعد هلاك الثمن: يهلِك الثمنُ على الغرماء[2]، انتهى.

ونَظَر في هذا الاستثناء بعضُهم بأنه ليس من بيع الفضولي في هاتَين المسألتَين في شيءٍ؛ لأنه إنما نفذ بيعُه لثبوت الملك للبائع بأداء الضمان ضرورةَ الاستثناء.

والحاصل: أنه «يشترط في صحة الإجازة لبيع الفضولي أن يكون البائعُ والمشتري والمبيعُ قائمًا. والمراد بكون المبيع قائمًا: أن لا يكون مُتغيِّرًا بحيث يُعَدُّ شيئًا آخر؛ لأن إجازته كالبيع، فلو قطَع الثوب وخاطه ثم أجاز البيع: لا يجوز. وكذلك يشترط قيامُ الثمن لو كان عَرْضا، وكذا صاحبُ المَتاع أيضًا»، كما في «التنوير»[3].

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٣١).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٣١).

(٣) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤٢١).

«فإن كان الثمنُ دينًا، كالدراهم والدنانير، والفلوس النافقة، والكيليِّ والوزنِيِّ الموصوفِ بغير عينه: فهو في يد الفضولي أمانةٌ، وإن كان عَرْضًا: فهو مملوكٌ للفضولي، وعليه مثلُ المبيع إن كان مِثليًّا، وقيمتُه إن كان قيميًّا، وصار البائعُ مشتريًا من وجه. **والشراء إذا وجد نَفاذًا على العاقد: لا يتوقَّف على الإجازة**، وكما أن للمالك الفسخَ، كذلك لكلٍّ من الفضولي والمشتري؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي، فله أن يتحرَّز عن التزام العُهدة، بخلاف الفضولي في النكاح، فإنَّ فسخَه قبل الإجازة باطل؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه، وهو فيه مُعبِّر، فإذا عبَّر: فقد انتهى، فصار هو بمنزلة الأجنبي. ولو فسَختْ المرأةُ نكاحَها قبل الإجازة: انفسخ»، كما في «العناية»[1].

[فائدة: الموقوف يبطُل بموت الموقوف على إجازته، إلا في القسمة]

ثم قال: (الموقوف)، أي: «كلُّ عقد موقوفٍ على الإجازة، كبيعِ مال الغير لغير نفسِه، وبيع العبدِ والصبيِّ المحجورَين، وبيع مالِه من فاسد عقلٍ غيرِ رشيد، وبيعِ المرهون والمستأجَر والأرضِ في مزارَعة الغير، وبيعِ شيءٍ برَقْمِه، وبيع المرتدِّ، والبيعِ بما باع فلانٌ والبائعُ يعلَم والمشتري لا يعلم، والبيع بمثل ما يبيع الناسُ به أو بمثل ما أخَذ به فلان، وبيعِ الشيء بقيمته، وبيعٍ فيه خيارُ المجلس، وبيعِ الغاصب ونحوها»، كما في «التنوير»[2]، وكل هذا يتوقَّف على الإجازة، وأوصَلها في «النهر» إلى نيِّفٍ وثلاثين.

(يبطُل بموت الموقوف على إجازته)، كالمالكِ، والمولى، والوليِّ، والقاضي، والمرتهن، والمستأجِر، والمزارِع، والمشتري، ورجوع المرتدِّ مسلمًا أو موته أو

---

(١) انظر: «العناية»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق، فصل في بيع الفضولي (٧/ ٥٤ ـ ٥٥).

(٢) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤٢١).

الحكم بلحاقه، وبيانِ البائع للقيمة في بيع القيمة، وعلى من له الخيار، والمالك في الغصب، كلُّ واحد منها راجعٌ إلى ما ذكرناه أوَّلا.

(ولا يقوم الوارثُ مقامَه)، أي: مقام الميِّت الموقوف على إجازته، فلو مات المالكُ: لا ينفذ البيعُ بإجازة وارثِه؛ لأنه توقَّف على إجازة المورِّث نفسِه لبطلانه بموته فلا ينتقل إلى غيره.

قال في «العناية»: «ولو هلك المالكُ: لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلَين، إلا فيما إذا كان الثمنُ دينًا أو عرضًا. واستُشكِل بما إذا تزوَّجت أَمَةٌ لرجل، وقد وطِئها مولاها بغير إذنه، فمات المولى قبل الإجازة، وورِثها ابنُه: يوقف[1] على إجازة الابن، فإن أجاز: صحَّ، وإلا فلا[2].

وأُجيب بأن عدم التوقُّف لطرَيان الحِلِّ الباتِّ على الحلِّ الموقوف؛ لأنه يبطله، وهنا لم يطرَأْ للوارِث حِلٌّ باتٌّ؛ لكونها موطوءةَ الأب، فيتوقَّف دفعًا للضرر عن الوارث؛ إذ هو قائمٌ مقام المورِّث، حتى لو لم تكن موطوءةَ الأب بطل نكاحُها.

ولو أجاز المالكُ في حياته، ولم يَعلم حالَ المبيع من حيث الوجود والعدم: جاز البيع في قول أبي يوسف أوَّلا، وهو قولُ محمد؛ لأن الأصل بقاؤُه، ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يصح حتى يَعلَم قيامَه وقتَ الإجازة؛ لأن الشكَّ وقع في شرط الإجازة، وهو قيامُ المبيع، فلا يثبُت مع الشك.

فإن قيل: الشكُّ هو ما استوى طرفاه، وطرفُ البقاء هنا راجِحٌ؛ إذ **الأصلُ البقاءُ**

---

(١) أي: النكاح.

(٢) فهذه فضوليةٌ، وتوقَّف عملُها على إجازة الوارث.

ما لم يُتيقَّن بالمُزيل، وههنا لم يُتيقَّن. وأُجيب: **الاستصحابُ حُجَّةٌ دافِعة، لا مُثبِتة**[١]، وههنا يُحتاج إلى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقَع له الشراء، فلا يصلح فيه حجةً»[٢]، انتهى.

وهذا بخلاف الوصي والأب إذا توقَّف على إجازتهما في مال الصغير، ثم بلغ الصبيُّ، فإن إجازتهما تنتقِل إليه؛ لأنها كانت لأجله.

وفي «البيري»: «اشترى[٣] عبدًا على أنه إن لم يُنقِد الثمنَ إلى غدٍ فلا بيعَ بينهما، فمات المشتري قبل الغدِ وقبل نقدِ الثمن: بطل البيعُ، وليس للورَثة نقدُ الثمن»[٤]، انتهى.

(**إلا في القسمة، كما في قسمة «الولوالجية»**). قال فيها: «إن الشركة إذا كان أصلُها الميراثَ، فجرى فيها الشراءُ، بأن باع واحدٌ منهما نصيبه، أو كان أصلُها الشراءَ، فجرى فيها الإرثُ، بأن مات واحدٌ منهم: ففي الوجه الأول يقسم القاضي، لا في الوجه الثاني؛ لأن المشتري قام مقام البائع في الشركة الأُولى؛ لأن أصلها وراثةٌ، وفي الشركة الثانية قام الوارثُ مقام المورِّث، وكانت أصلُها شراءً، فينظر في هذا الباب إلى الأوَّل»[٥]، انتهى.

«**وحاصله**: أنه إذا ثبت الملكُ في المشترَك لجماعةٍ بالوارثة، فباع أحدُهم نصيبَه: يكون للمشتري طلبُ القسمة، بخلاف ما إذا مات أحدُهم عن وارِثه،

---

(١) هكذا في «العناية»، وفي النسخ (مثبتة عقد).

(٢) «العناية»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق، فصل في بيع الفضولي (٧/ ٥٦ ـ ٥٧).

(٣) في النسخ: (باع). والمثبت من «البيري».

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٣٩).

(٥) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القسمة، الفصل الأول فيما تجوز القسمة (٣/ ٣٠٦).

والحالُ أن الملك ثبت لهم بطريق الشراء، حيث لا يكون لوارثه طلبُ القسمة. وانظُرْ حكمَ ما إذا مات أحدُهم عن وارثه في الوجه الأوَّل، أو باع أحدُهم نصيبَه في الوجه الثاني»، «شيخنا»[1].

[فائدة: لا يجوز تفريقُ الصَّفْقة على البائع، إلا في الشُّفعة]

(لا يجوز تفريقُ الصَّفْقة على البائع)؛ لما فيه من الضرر. والصَّفْقة ضربُ اليد على اليد في البيع، ثم أُطلِقت على العقد نفسه. والعقد يحتاج إلى بيعٍ وبائعٍ، وثمنٍ ومشترٍ، وبيعٍ وشراءٍ.

وباتحاد بعضِ هذه الأشياء مع بعضٍ وتفرُّقها يحصُل اتحادُ الصفقة وتفريقُها، فإذا اتَّحد الجميعُ اتحدت الصفقة، وكذا إذا اتحد الجميعُ سوى المبيع، كقوله: بعتُهما بمائة، فقال: قبلتُ، واتحادُ الجميع سِوى الثمنِ لا يُتصوَّر، فيكون[2] مع تعدُّد المبيع، كأنْ قال: بعتُهما بمائة، فقال: قبلتُ أحدَهما بستِّين والآخَر بأربعين، وذلك يكون صَفْقةً واحدة أيضا، واتحادُ الجميع سوى البائع، كأن قال: بِعْنا منكَ هذا بمائةٍ، فقال: قبلتُ، يوجِب اتحادَ الصفقة، واتحادُ الجميع سوى المشتري، كأن قال: بعتُه منكما بمائة، فقالا: قبِلنا، كذلك.

وتفرُّق الجميع يوجِب تفرُّق الصفقة، وتفرُّق المبيع والثمن إن كان بتكريرِ لفظ البيعِ[3] فكذلك، وكذا تفرُّقهما بتكرير لفظ الشراء، هذا كلُّه قياسا واستحسانا. وأما تعدُّد البائع مع تعدُّد الثمن والمبيع بلا تكريرِ لفظ البيع، وكذا تفرُّق المشتري مع

---

(١) «عمدة الناظر» (ل/ ١٧٨/ أ-ب).

(٢) كذا في «العناية». وفي النسخ: (فكيف).

(٣) كذا في النسخ، وفي «العناية»: (المبيع).

تفرُّق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء، فيوجب التفرُّقَ قياسًا، لا استحسانًا، وقيل: لا يوجب التفرُّقَ على قول أبي حنيفة، ويوجب على قول صاحبَيه»، كذا حقَّقه في «العناية»[١].

قال المصنف في «شرح المجمع»: «واعلَمْ أن تفصيل الثمن إنما يجعلهما عقدَين على القول به إذا كان منقسِمًا عليهما باعتبار القيمة. وأما إذا كان منقسِمًا عليهما باعتبار الأجزاء، كالنقدين من جنسٍ واحد: فإن التفصيل لا يجعله في حكم عقدَين؛ للانقسام من غير تفصيل، فلم يعتبَر التفصيل»[٢]، انتهى. قال في «المنح»: «وهو تقييدٌ حسَن».

وإذا كانت الصفقةُ مُتَّحدةً: لم يحز التفريقُ في القبض أيضًا، فلو تعدَّد المبيعُ ونقد الثمن: لم يجُز قبضُ المبيع، وإن تعدَّدتْ الصفقةُ: جاز، وحكم الإبراء عن البعض كالاستيفاء، وكذا إذا أُجِّل ثمنُ بعض المبيع دون البعض: لم يكُن له أن يقبَض شيئًا من المبيع حتى ينقُد الحالَّ. وكذا لو كان للمشتري على البائع دينٌ أقلُّ من الثمن، فالتقَيَا قصاصًا بقدره: لم يكُن له أن يقبَض شيئًا من المبيع حتى يأخُذَ الباقي، كما في «التاتارخانية»[٣].

(إلا في الشُّفعة)، فإنه يجوز تفريقُها على البائع، (ولها)، أي: للشُّفعة، (صورتان) مذكورتان (في شُفعة «الولوالجية»):

---

(١) «العناية»، كتاب البيوع (٦/ ٢٥٦).

(٢) انظر: «شرح المجمع»، كتاب البيوع، خيار القبول (٤/ ١١٠).

(٣) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب البيوع، الفصل الثالث: في الاختلاف الواقف بين الإيجاب والقبول (٨/ ٢٤٠ـ٢٤١).

الأُولى: «رجلٌ باع أراضي، ولآخَر أرضٌ تُلازِق بعضَ الأراضي دون بعض، ليس له أن يأخذ التي تلازق أرضَه دون الأُخرى، بل يقال له: إما أن تأخذ الكُلَّ أو تدَع، إذا لم يرضَ المشتري بتفريق الصفقة؛ نفيًا للضرر عنه، وهو قول أبي حنيفة أوَّلا، وقالا ـ كقوله آخِرًا ـ: له تفريقُ الصفقة، كما لو اشترى عبدًا ودارًا كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد»(١). ومفادُ هذا كونُ الشفيع واحدًا، وعبارة «الحموي» تفيد كونه اثنَين(٢).

الصورة الثانية: «نهرٌ لرجل في أرضِ رجلٍ، عليه رحا ماءٍ وبيتٌ، فباع صاحبُ النهر الرَّحا والبيت، فطلب صاحبُ الأرض الشفعة في ذلك كلِّه: كان له الشفعةُ في الرَّحا دون البيت؛ لأن الرحا مع النهر كشيءٍ واحد؛ لأن الانتفاع بالرَّحا بدون الماء لا يمكن»(٣).

وفي «الولوالجية»: «رجلٌ اشترى أرضين فإذا أحدُهما لغير البائع، ولم يعلم

---

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الشفعة، الفصل الأول في استحقاق الشفعة (٣/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣).

ونص عبارتها: «رجل باع أرضين، ولرجل آخر أرض ملازقة ببعض الأراضي دون البعض: كان له أن يأخذ التي تلازق أرضه دون الأخرى بالشفعة إذا كان الشفيع الآخر يطلب شفعة ما كان لزيق أرضه. أما إذا كان الآخر لا يطلب شفعة ما كان لزيق أرضه، وهو يطلب، يقال للطالب: إما أن تأخذ الكل، أو تدع إذا لم يرض المشتري بتفريق الصفقة؛ نفيا للضرر عن المشتري، وهذا قول أبي حنيفة الأول. وأما على قوله الآخر، وهو قولهما: له أن يأخذ ما كانت شفعته؛ لأن تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع وفعله، بل الضرورة أنه لم يتمكن من أخذ أحدهما، فصار كما لو اشترى عبدا أو دارا صفقة واحدة، كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد لما قلنا، كذا هذا».

(٢) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٨٧). وعبارة الحموي موافقة لنصِّ «الولوالجية».

(٣) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الشفعة، الفصل الأول في استحقاق الشفعة (٣/ ٢٨٣).

المشتري وقتَ الشراء: [فهذا على وجهَين؛ إن][(١)] علِم قبل القبض: له الخيارُ؛ لأنه تفريقُ الصفقة قبل القبض، وإن علِم به بعد القبض: لا خيارَ له؛ لأنه تفريقٌ لها بعده»[(٢)]، انتهى.

ويُزاد على ما ذكره المصنِّف ـ كما في «البيري» ـ ما: «إذا باع إناءَ فِضَّةٍ، وقبض بعضَ ثمنه، وافترقا: صحَّ فيما قبض، والإناءُ مشترَكٌ[(٣)]؛ لأن التفريق من جهة الشرع باشتراطِ القبض، لا من العاقد، كما في «الزيلعي»»[(٤)].

وفي «المحيط»: «لا يجوز تفريقُ الصفقة في الإجارة والقسمة، ويجوز في النكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، والعتقِ على مال، وفي الكتابة إنْ بيَّن حصةَ كلٍّ واحدٍ من العبدَين. وعُلِّل بأن الرضا فيها ليس بشرطٍ؛ بدليل أنها تصح من الهازل والمكرَه، ففَوَاتُه لا يسلب حصتَها»، انتهى»[(٥)].

«ويُصوَّر للكتابة: لو كاتَبهما صفقةً واحدة، وبيَّن حصةَ كلِّ واحدٍ منهما، ثم إنَّ أحدَهما عجَّز نفسَه: يبقى الآخَرُ على كتابته، وإن لم يرضَ المولى بتفريق الصفقة.

ويُصوَّر لتفريق الصفقة في النكاح بما إذا زوَّج فضوليٌّ امرأتَين في عقد واحدٍ من فلان الغائب، فلما بلَغه الخبَرُ أجاز عقدَ إحداهما، فإن سَمَّى لكلٍ مهرًا على حدة: فالأمرُ ظاهرٌ، فإن لم يفصِل مهرَ كلٍّ واحدةٍ: يُقسَم المسمَّى على مهرِ المثل،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من «الولوالجية»، وفي النسخ: (ثم).

(٢) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، آخر الفصل التاسع في الاستبراء وإسقاطه (٣/ ٢٧٠).

(٣) يعني: إذا باعه بفضة، أو ذهب؛ لأنه صرف، وهو يبطل بالافتراق قبل القبض، فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع؛ لأنه طارئ، ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضا؛ لأن... إلخ.

(٤) «تبيين الحقائق»، كتاب الصرف، التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه (٤/ ١٣٨).

(٥) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٤٠).

وإن لم يُسمِّ: يجب للتي أجاز عقدَها مهرُ المثل»، «شيخنا»[١].

[فائدة: الموقوف عليه إذا أجاز نفَذ ولا رجوعَ له، إلا في مسألة]

(الموقوفُ عليه)، أي: على إجازتِه العقدُ، (إذا أجازَه)، أي: العقدَ، (نفَذ، ولا رجوعَ له)، أي: للموقوف عليه في إجازته، (إلا في مسألةٍ) مذكورة (في قسمة «الولوالجية»)، فإنه إذا أجاز: نفَذ، وله الرجوعُ، وهي: (إذا أجاز الغريمُ)، أي: ربُّ الدَّين، (قسمةَ الوارث: فإنَّ له)، أي: للغريم، (الرُّجوعَ) في الإجازة، وتبطُل القسمة؛ لأن المانع قائم، وهو دَينه. ويُفهَم منه أن الوارث إذا كان غريمًا، وأجاز: له أن يُبطِلها بالأَولى[٢].

[ضابط: الحقوق المُجرَّدة لا يجوز الاعتياضُ عنها]

(الحقوق المجرَّدة) عن حقيقة الملك (لا يجوز الاعتياضُ عنها) بشيءٍ، وكذا لا تُضمن بالإتلاف، فلو اعتاض عنها: يرُدُّه، ويَضمَن إن لم يرُدَّه، وذلك (كحقِّ الشُّفعة)، فلو باعه: لا يصحُّ، (ولو صالَح) المشتري (الشفيعَ عنه)، أي: عن حق الشفعة، (بمالٍ: بطلت) الشفعةُ، (ورجع) الشفيعُ (به)، أي: بالمال؛ لأنه مجرَّد حقِّ التملُّك، ولا حقَّ له في المحلِّ، فلا يجوز أخذُ العِوَض عنه.

(و)كذا (خيارُ المخيَّرة، فلو صالَح) الزوجُ (المخيَّرةَ بمالٍ لتختارَه)، أي: الزوجَ، ففعَلتْ وأخَذت المال: (بطَل فيها)، وسقط خيارُها، (ولا شيءَ لها) من المال؛ لأنه مجرَّدُ حقٍّ، فلا يجوز الاعتياض عنه.

(و)كذا (لو صالح إحدى زوجتَيه بمالٍ لتترك نوبتَها للأُخرى: لم يلزَم) المالُ،

---

(١) «عمدة الناظر» (ل/ ١٧٩/ أ).

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القسمة، الفصل الثاني فيما يدخل في القسمة (٣/ ٣١٧).

(و)قوله: (لا شيءَ لها)، «تأكيدٌ، ويحتمل أن يكون الضميرُ للصلح، أي: لم يلزَم الصلحُ، ولا شيء لها من المال، فيُفيد بقاءَ حقِّها»، «حموي»[١].

(وعلى هذا)، أي: ما ذكرنا من أن الحقوق المجرَّدة لا يجوز الاعتياضُ عنها، (لا يجوز الاعتياضُ عن الوظائف في الأوقاف)، من إمامةٍ وغيرها، ولو على وجه البيع، «بيري»[٢]. ومُقتضاه: أنه لا يلزم المال، ولو أعطاه: له الرجوع.

ولا يخالف هذا ما تقدَّم في آخر القاعدة السادسة من أنهم تعارفوا في القاهرة النزولَ عن الوظائف بمالٍ يعطَى لصاحبها، فينبغي الجوازُ بناءً على اعتبار العُرف الخاصِّ، وأنه لو قبَض منه المبلغَ، ثم أراد المنزولُ له الرجوعَ عليه: لا يملك ذلك بناءً على اعتباره أيضًا؛ لما علمتَ أن المفتى به عدمُ اعتباره. ولذا قال العيني: إنه ليس للنزول عن الوظائف في الأصل شيءٌ يُعتمَد عليه، ولكنَّ العلماء والحُكَّام مشَوا على ذلك للضرورة؛ لأن الوظيفة التي بيدِ الشخص لا يملك رقبتَه الذي يتناول منه الرَّيع، فإذا لم يملك فكيف نزولُه لآخر يصحُّ ولا يملك إلا الرَّيع، ولا يملك النزولَ عن الريع الذي ما استحقَّه في ذلك الوقف[٣]، فكيف يصح؟ لكنهم مشَوا على ذلك، واشترطوا فيه إمضاءَ الناظر في ذلك، ثم إن النزول المذكور إن أمضاه الناظرُ الذي له النظرُ العامُّ لا يبقى فيه نزاعٌ.

وأفتى العلامةُ قاسم بأن من قُرِّر في وظيفة، ونزَل عنها لغيره: سقَط حقُّه منها، سواء قَرَّر الناظرُ المنزولَ له أو لا، وقد جرى العُرفُ في مصر بالفراغ بالدارهم، ولا يخفى ما فيه، وينبغي الإبراءُ العامُّ بعده.

---

(١) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٨٨).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٤٢).

(٣) كذا في (ع)، وفي (خ): (الوقت).

والحاصل: أنه، كما حرَّرناه سابقا[١]، أن **أصول المذهب** تقتضي عدمَ صحته، كما ذكره المصنِّف هنا، وإن أفتى العلامةُ قاسم بجوازه؛ لأنه مبنيٌّ على اعتبار العُرف الخاصِّ، و**المذهبُ** عدمُ اعتباره؛ لأن العرف إنما يُعتبَر أيضًا إذا كان لم يكن هناك نصٌّ بخلافه، وإلا لزم تحليلُ ما تعارَفه العوامُّ وبعضُ الخواصِّ من المنكَرات، وهو **الحقُّ**، والله أعلم. وقد تقدم الكلام ثمَّة بأبسطَ من هذا، فليُراجَعْ.

وفي «معين المفتي»: «عمارةٌ في أرضٍ بِيعَتْ، فإنْ بناءً وأشجارًا: جازَ، وإن كِرابًا أو كريَ أنهارٍ أو نحوَه مما لم يكن ذلك بمالٍ ولا بمعنى مالٍ: لم يجُز»[٢]، انتهى. قال في «الدر المختار»: «ومفاده: أن بيع المسكة لا يجوز، ولذا جعلوه الآن فراغا، كالوظائف»[٣]، انتهى. ومفادُه أن البيع لا يجوز، والفراغ جائزٌ، ويخالف ما نقلناه من تعميم «البيري» من قوله: «ولو بوجه البيع»، فتأمل.

«وكذا لو أَذِن له أن يضَعَ خشَبةً على حائطه، وأن يُلقي الدَّابَّةَ الميتةَ على أرضه: كان إعارةً. فمتى ما بدَا له أن يُطالبه بالرفع: له ذلك، وإن باع منه ذلك: لا يجوز؛ لأنه بيعُ الحقِّ المجرَّد، وإن صالح عن ذلك بشيءٍ: لا يجوز، وإن آجَر الأرض كذلك: لا يجوز. وكذا لو باع لرجل ولاءَ عتاقة: فإنه لا يجوز»، «بيري»[٤].

[مسائل مُستثنَاةٌ عن الضابط السابق]

(**وخرج عنها**)، أي: هذه القاعدة، ما كان الحقُّ مقصودًا، (**كحقِّ القِصاص**)،

---

(١) أي: في قاعدة «العادة محكمة».

(٢) انظر: «معين المفتي»، كتاب البيع (ص ٣١٩).

(٣) «الدر المختار»، كتاب البيوع (ص ٣٩٦).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٤٢).

فلهذا يَستوفيه وينفرِد به، [ولو قتله][(١)] بلا قضاء ولا رضا، (و)حقِّ (مِلكِ النكاح)، أي: الوطءِ، فإنه يُعتاضُ عنه ببدلِ الخلع، (و)حقِّ (الرقِّ)، فإنه يعتاض عند ببدل الكتابة وبالمال الذي يَعتِق العبد عليه، (فإنه يجوز الاعتياضُ عنها) بمالٍ لتقرُّرها؛ لأنه اعتاض عن ملكٍ في المحلِّ، (كما ذكره الزيلعيُّ) وغيره (في كتاب الشفعة[(٢)]).

والحاصل: أن «الحقوق الغير المتقرِّرة في المحلِّ، بل مجرَّدَ حقِّ التملُّك كالشفعة والكفالة بالنفس في روايةٍ، وخيارِ المخيَّرة، لا يصح الاعتياضُ عنه، فلا يتعلق إسقاطُه بالجائز من الشرط، فبالفاسد أَولى، فيبطُل الشرطُ ويصح الإسقاطُ، بخلاف الحقوق المتقرِّرة في المحل، فيصحُّ الاعتياضُ عنه»... إلخ، كما في «الهداية»[(٣)].

«وكذا يجوز الاعتياضُ عن الأجل الذي بين المكاتب والمولى، حتى لو قال لمولاه: زِدْ في الأجل لِأَزِيدَكَ في البدل، أو قال: حُطَّ من بدل الكتابة كذا حتى أَترُكَ حقِّي في الأجل وأُعجِّل ذلك البدل، صحَّ»، «بيري»[(٤)].

وكذا يجوز الاعتياضُ عن حقِّ المرتهن، فيُزاد على هذا المخرج.

(والكفيلُ بالنفس إذا صالَح المكفولَ له)، وهو الطالب، (بمالٍ) على أن يُبرِئَه من الكفالة بالنفس: (لم يصحَّ) الصلحُ، ولا يجب المال، (وفي بُطلانها)، أي: الكفالة بالنفس، (روايتان)؛ في رواية: كالشفعة، فتبطُل ولا يجب المال، وفي رواية:

---

(١) كذا في «تبيين الحقائق»، وفي النسخ: (ولو قبله ولو).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الشفعة، باب ما تبطل به الشفعة (٥/ ٢٥٧).

(٣) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الشفعة، باب ما يبطل به الشفعة (٩/ ٤١٤).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٤٣).

لا تبطُل ولا يجب المال، **والأصحُّ** أنها كالشفعة، كما في «المنح». ووجهُ الفرق على الأُولى: أن الشفعة تبطُل بالإعراض دون الكفالة.

وفي «المنح»: «قال في «التاتارخانية»: الكفيلُ بالنفس إذا صالح الطالبَ على خمسين دينارًا على أن أبرأه من الكفالة بالنفس: لا يجوز، ولا يَبْرأ عنها. ولو كان كفيلا بالمال والنفسِ عن إنسان واحدٍ، وصالَح على خمسين بالشرط: برئ. قال: الكفيل بالنفس إذا قضَى الدَّين الذي على الأصيلِ على أن يُبرئه من الكفالة، ففعَل: جاز القضاءُ والإبراء، وأما إذا أعطاه عشرةً ليُبرِئَه عن الكفالة بالنفس فأبرأَه: لم يُسلَّم له العوضُ باتفاق الروايات، وفي براءته عنها روايتان»، انتهى.

«وفي «الخانية»: «لو صالح الكفيلُ الطالبَ على شيءٍ ليُبرِئَه عن الكفالة: لا يصح الصلحُ، ولا يجب المالُ على الكفيل»[1]، وهو بإطلاقه شاملٌ للكفالة بالمال والكفالة بالنفس»، كذا في «البحر»[2]، انتهى.

(**وفي بيع حقِّ المُرور في الطريق**) وحدَه (**روايتان**)، قيل: يصح بيعُه في روايةِ ابن سماعة، وبه أخَذ عامَّةُ المشايخ، وقيل: لا، وهي روايةُ «الزيادات»، وصحَّحه الفقيه أبو الليث؛ لأنه حقٌّ مجرَّد. وأما بيعُ عين الطريق وهبتُه، فجائز، حُدَّ أو لا. أما الأوَّل، فظاهر. وأما الثاني، فهو مقدَّر بعَرضِ باب الدار العُظمى، كذا في «النهاية». وعلى كلٍّ فهو عينٌ معلومة، فيصح بيعُه وهبته.

(**و**)كذا (**في بيع الشِّرب**)، وهو النصيبُ من الماء، وشرعًا: نَوبةُ الانتفاع من سُقْيا الزراعة أو الدوابِّ، (**فيه روايتان**)، في روايةٍ: يجوز، واختارها مشايخُ بلخ، وفي رواية: لا يجوز، واختارها مشايخُ بخارى للجهالة.

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الكفالة والحوالة، قبيل فصل في الكفالة بالمال (٣/ ٥٩).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الكفالة، يبرأ الكفيل بأداء الأصيل (٦/ ٢٤٨).

قال المصنف: (والمُعتمَد) في المسألتَين أنه (لا) يجوز بيعُ حقِّ المرور وحده وحقِّ الشرب وحده (إلا تبَعًا) للأرض، فيجوز إجماعا.

قال في «الخانية»: «رجلٌ اشترى شِربًا بغير أرضٍ، وفي تلك القرية يباع الماءُ بغير أرضٍ، في ظاهر الرواية: لا يجوز هذا البيع، فإن باع، وشرط أن يكون الخراجُ على المشتري: فسد العقدُ في الرواياتِ كلِّها؛ لأن الخراج يكون على صاحب الأرض، فلو أنه باع الماءَ بدون الأرض، وقبض المشتري الشِّربَ، ثم باع الشربَ في أرضٍ له، قال الفقيه أبو جعفر: لا يجوز البيعُ في الشرب إلا أن يجيز البائعُ الأوَّل؛ لأن المشتري الأوَّل لم يملك الشربَ بالشراء والقبض؛ لأ بيعَ الشرب بيعٌ لا يقع على موجود؛ ألا ترى أنه لو باع الشربَ والأرضَ: جاز البيعُ وإن كان الماء منقطِعًا وقتَ البيع، وإنما يقع البيعُ في الماء على ما يحدُث وقتا بعد وقت، فإذا لم يشترِ شيئا موجودًا: لا يملكه بالقبض، فلا يجوز بيعُه ثانيا؛ لأنه ملكُ البائع الأوَّل»[1]، انتهى.

قال في «البحر»[2]: «وهو مشكِلٌ، وينبغي أن يكون حكمُ البيعِ الأوَّل حكمَ البيع الفاسد، لا الباطل؛ لأن بيعَ الشِّرب وحده وإن كان لا يجوز في ظاهر الرواية، يجوز في روايةٍ أخَذ بها بعضُ المشايخ؛ لجرَيان التعامُل بها في بعض البلدان، فكان حكمُه حكمَ البيع الفاسد، فيملك بالقبض، فإذا باعَه بعد القبض: ينبغي الجواز»، انتهى.

قال شيخنا: «العلةُ في عدم جواز بيعِه وهبته وإجارته والتصدُّق به إما الغرَرُ، أو

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشرب، فصل الأنهار (٣/ ٢١٢).

(٢) كذا في النسخ. وليس هذا النقل فيه، وإنما هو تتمة كلام قاضي خان في «فتاواه» (٣/ ٢١٣)، ولعل المصنف نقله عن صاحب «النهر» (٣/ ٤٣٠).

الجهالةُ الفاحشة، أو عدمُ تصوُّر قبضِه، أو عدمُ الملك فيه للحال، أو لأنه ليس بمالٍ متقوِّمٍ في ظاهر الرواية، **وعليه الفتوى**. فلو أتلَفَ[١] إنسانٌ شِربَ غيره، بأن سقى أرضَه منه، هل يضمن؟ في رواية «الأصل»: لا يضمن»[٢].

وفي «الظهيرية»: لا يضمن على **الأصحِّ**، وفي «شرح الوهبانية» عن «مختصر عصام» أنه «لا يضمن، **وعليه الفتوى**»[٣]، وبه جزم في «التنوير»، قال: «فإن تكرَّر منه ذلك: يُؤدِّبه الإمامُ بالضرب والحبس إن رأى ذلك[٤]»، انتهى][٥]، وأفتى الناصحيُّ بضمانه، وقال في «جواهر الفتاوى»: إنه ينفُذ الحكمُ بصحة بيعه، وفي «شروح الهداية»: إنه يضمن بالإتلاف، وبه جزم في «النقاية».

وفي «النُّتَف»: «لا يجوز في الماء ثمانيةُ أشياء: البيعُ، والرهن، والإجارة، والإمهار، والصدقة، والهبة، والعارية، والقرض. وتجوز فيه الإباحةُ، وكذا حكم الكَلأ»[٦]، انتهى. قال الطرسوسي: ومرادُه إن كان على وجه الشرب للأراضي. وأما الماء المحرَز في الأَواني، فإنه يجوز بيعُه. وقال مشايخ بلخٍ: يجوز بيعُه؛ لأن أهلَ بلخ يتعاملون به، وهو ضعيفٌ بأنه تعامُل أهلِ بلدة، فلا يُترك به القياس، انتهى، «منح».

---

(١) في (ع): (أتلفه).

(٢) «عمدة الناظر» (ل/ ١٨٠/ ب).

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الشرب والأشربة (٢/ ١٧٩).

(٤) أي: ولا ضمان عليه. «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب إحياء الموات (ص ٦٧٤).

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من (ع)، وليس موجودا في النسخ الأخرى.

(٦) «النتف في الفتاوى» للسغدي، كتاب الشرب، ما لا يجوز في الماء من التصرفات والعقود (٢/ ٦٢٧ ـ ٦٢٨).

[ضابط: العقد الفاسد إذا تعلَّق به حقُّ العبد: لزم العقدُ وارتفع الفسادُ]

(العقدُ الفاسد إذا تعلَّق به حقُّ العبد: لَزِم العقدُ وارتَفع الفساد). فلو قبَض المبيعَ بإذن بائعِه صريحًا أو دلالةً: ملَكه، فلو تصرَّف المشتري بعد القبض فيه ببيعٍ باتٍّ صحيحٍ لا خيارَ فيه، أو هبةٍ، أو إعتاق، أو وقف، أو رهنٍ، أو أوصَى به: نفَذ تصرُّفه لمُصادَفتِه ملكَه، فلا يُنقَض تصرُّفه، ويبطُل به حقُّ البائع في الاسترداد؛ لأن نقضه لحقِّ الشرع، ولـمَّا تعلَّق به حقُّ العبد: قُدِّم حقُّه على حق الله، ولا يبطُل الفسخُ بموت أحدهما، «خلاصة»[1]، وبه يفتى.

[مسائلُ مُستثناةٌ من الضابط السابق]

(إلا في مسائل)، فإنه لا يلزم ولا يرتفع الفسادُ:

أحدها: (لو آجر فاسِدًا، فآجَر) المستأجِرُ المستأجَرَ[2] (صحيحًا) وقبَضه: (فلا) تلزم الإجارةُ الثانية، (وله)، أي: للمُوجِر، (نقضُها).

وفي «المنح»: «قيل: ليس للمستأجِر فاسدًا أن يؤجِّر غيرَه إجارةً صحيحة، وقيل: يملكها بعد قبضه، كمشترٍ فاسدًا له البيعُ جائزًا، وهو **الصحيح**، إلا أن

---

(١) الذي وجدته في «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الرابع في البيع الفاسد وأحكامه، جنس آخر في أحكام البياعات الفاسدة (٣/ ٤٨): «وفي «المحيط»: ثم البيع الفاسد ينعقد عندنا، والملك موقوف على وجود القبض، وبشرط أن يكون القبض بإذن البائع، والملك وإن كان يثبت في البيع الفاسد عند اتصال القبض به عندنا، إلا أنه يستحق النقض؛ إعداما للفساد، ولهذا يكره للمشتري أن يتصرف فيه بتمليك أو بانتفاع، وليس للبائع بيعا فاسدا حق نقض تصرفات المشتري فيما سوى الإجارة والنكاح، فإن هذه التصرفات لا يبطل حق البائع في الاسترداد، وللشفيع حق نقض جميع تصرفات المشتري». وانظر أيضا (٣/ ٤٢) منها.

(٢) قوله: (المستأجَر)، ليس في (ع).

للموجِـر الأوَّل نقـضَ الثانية؛ لأنها تنفسِـخ بالأعـذار»[١]، انتهى.

ثانيها: (المُشتري من) البائع (المُكرَه لو باع) المشتري (صحيحًا: فللمُكرَه نقضُه)؛ لأن تصرُّفاتِ المُكرَه كلُّها تُنقَض، إلا في الطلاق والعتاق، فيلزم المكرِهَ القيمةُ في العتاق، ونصفُ المهر إن طلَّق قبل الدخول، بخلاف سائر البياعات.

ثالثهـا: (المشـتري) شـراءً (فاسـدًا إذا آجَـر: فللبائـع نقضُـه)، أي: الإيجـار؛ لأنـه لم يخـرُج عن ملكـه؛ لأن الإجـارة تنفسـخ بالأعذار، ومنها فسـاد الشـراء[٢]، كمـا في «العنايـة»[٣].

(وكذا) للبائع نقضُ البيع بعد التزويج (إذا زوَّج) المشتري الأمةَ المُشتراةَ شراءً فاسدًا؛ لعدم خروجِها عن ملكه بالتزويج. وإذا نقض البيعَ هل ينفسِخ النكاحُ؟ قال في «السراج الوهاج»: لا ينتقض؛ لأن النكاح لا ينتقِض بالأعذار، وقد عقَده وهو على ملكه، لكن في «الولوالجية» أنه «لو زوَّج[٤] الأمةَ المبيعة قبل القبض، وانتقَض البيعُ: فإن النكاح يبطُل في قول أبي يوسف، وهو المُختار؛ لأنه متى انتقض قبل القبض: انتقض من الأصل، فصار كأنْ لم يكن»[٥]، انتهى، إلا أن يقال: ما في «السراج» على قول محمد، أو ما في «السراج» على ما بعد القبض، فتأمل.

وفي «التنوير» و«شرحه» قيَّد هذه المسألة بقيود، بأن يكون البيع صحيحًا باتًّا،

---

(١) في هامش (خ): (قوله: بالأعذار، أي: ورفع الفساد من الأعذار).

(٢) كذا في «العناية». وفي النسخ: (البيع).

(٣) «العناية»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، فصل في أحكام البيع الفاسد (٦/ ٤٦٧).

(٤) كذا في النسخ، وفي «الولوالجية»: (تزوج).

(٥) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب النكاح، الفصل الأول في إذن المولى وإجازته النكاح (١/ ٣٠٧).

لا خيارَ فيه لغير بائعه، وفسادُه بغير الإكراه، أو وهبَه وسلَّم[١]. ولم يذكر الإجارةَ والنكاح، وإنما أورَدهما في «العناية» على طريق البحث على قولهم: إنه لا يُردُّه بعد القبض إذا تعلَّق به حقُّ العبد، ففي الإجارة والتزويج تعلَّق به حقُّ العبد، فكان الواجبُ أن لا يكون الحكمُ فيهما كذلك، فأجاب بما قرَّرناه أثناء كلامه، والله أعلم.

[فائدة: الغِشُّ حرام، إلا في مسألتَين]

(**الغِشُّ حرامٌ**)، فيجب بيانُه، حتى لو لم يُبيِّنْه: يصير فاسقًا مردودَ الشهادة. قال شيخُنا[٢]: «**والصحيح** أنه من الصغائر، لا يصير مردودَ الشهادة به»[٣]، انتهى.

(**إلا في مسألتين**):

(**إحداهما في «الولوالجية»**)، وهي: (**اشترى**) رجلٌ (**الأسيرَ المسلمَ من دار الحرب، ودفَع**) الثمنَ (**دراهم زُيوفًا**)، هو ما يُردُّه التجَّار، (**أو عُروضًا مغشوشة: جاز**)؛ لأن شراء الأحرار ليس شراءً حقيقة. هذا (**إن كان**) الأسيرُ (**حُرًّا. وإن كان الأسيرُ عبدًا: لم يجُزْ**) دفعُ الثمنِ زيوفًا أو مغشوشًا؛ لأنه شراءٌ حقيقة[٤].

(**الثانية: يجوز إعطاءُ الزُّيوف والناقص في الجبايات**)، جمع جباية، وهي ما يُجبَى من الناس ظُلْمًا، ومنه محصولُ القاضي. «وما يؤخَذ من [الخياط والصباغ

---

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (ص ٤١٨).

(٢) في هامش (خ): (قوله: قال شيخنا، مراده أبو السعود المصري محشي «الأشباه». قال في «الحاشية»: ينبغي أن يبين العيب ولا يدلس، فإن باع ولم يبين قال بعضهم: يصير فاسقا مردود الشهادة. والصحيح: أنه لا يصير مردود الشهادة؛ لأن هذا من الصغائر، انتهى بحروفه).

(٣) «عمدة الناظر» (ل/ ١٨١/ أ).

(٤) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل السابع فيما يكره للمشتري أو للبائع أن يفعل (٣/ ٢٢٤).

وغيرهم][1] الضياع وغيرها للسُّلطان كلَّ شهرٍ، أو كلَّ يوم، أو كلَّ ثلاثة أشهُر، فإنها ظلمٌ»، «فتح»[2].

[فائدة: للبائع حقُّ حَبْس المبيع للثمن الحالِّ، إلا في مسائل]

«(للبائع حقُّ حبسِ المبيع لـ)قبض (الثمن الحالِّ)، ولو بقي منه درهمٌ، ولا يسقُط حقُّ الحبس بأخذِ كفيلٍ أو رهنٍ. ولو أحال البائعُ بالثمن، وقبِل المشتري: ليس له استردادُه، وكذا لو أحال المشتري البائعَ عند أبي يوسف، وعن محمد: روايتان»، «در منتقى»[3].

ولو سلَّم البائعُ المبيعَ قبل قبض الثمن: ليس له استردادُه، وكذا لو أعارَه إياه، بخلاف المرتهن إذا أعار الرهنَ من الراهن: فإنه لا يبطُل الرهن، وله استرجاعُه، ولو قبَضه المشتري بغير إذنٍ: لم يسقُط حقُّه في الحبس.

ثم المبيع في زمن الحَبس في ضمان البائع إلى أن يُسلِّمه إلى المشتري، حتى «إذا هلك في يده بفعله، أو بفعل المبيع، أو بأمرٍ سَماويٍّ: بطَل البيعُ، ويعُود الثمنُ إلى المشتري. وإن هلك بفعل المشتري: فعليه ثمنُه إن كان البيعُ مطلقًا أو بشرطِ الخيار له، وإن كان الخيارُ للبائع، أو كان البيعُ فاسدًا: لزمه ضمانُ مثلِه إن كان مثليًّا، وقيمتِه إن كان قيميًّا. وإن هلك بفعلِ أجنبيٍّ: فالمشتري بالخيار، إن شاء فسَخ البيع، فيضمَن الجاني للبائع ذلك، وإن شاء أمضَاه ودفَع الثمنَ وأتبَع الجاني، ويطيبُ له الفضلُ إن كان الضمانُ من خلاف جنس الثمن، وإلا فلا»، «در منتقى»[4].

---

(١) كذا في «فتح القدير». وفي النسخ: (الضياع وغيرها).

(٢) «فتح القدير»، كتاب الكفالة، فصل في الضمان (٧/ ٢٢٢).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، فصل فيما يدخل في البيع تبعا (٣/ ٣٢).

(٤) «الدر المنتقى» (٣/ ٣٢).

«وكذا له أن يُمسِك المبيعَ حتى يَستوفِيَ الجياد»، «بيري»[(١)].

(إلا في مسائل) مذكورة (في «البزازية»[(٢)])؛ فإن فيها ليس للبائع حقُّ الحبس للمبيع لقبض الثمن.

الأُولى: (لو اشترى العبدُ نفسَه من مولاه)؛ لأن العبد في يد نفسه، فيكون قابضًا لنفسه بمجرَّدِ العقد، كالمُودَع إذا اشترى الوديعةَ لنفسه أو لغيره، فلا يكون للبائع حقُّ الحبس.

(و)الثانية: (لو أمر رجلٌ عبدًا بأن يشتري نفسَه من مولاه، فاشترى) نفسَه منه للآمر: لا يكون للبائع حقُّ الحبس؛ لوجود القبض.

(و)الثالثة: (لو باعه)، أي: المشتري، (دارًا هو ساكنُها) بعقدٍ أو غيره؛ لأن القبض قد استُحكِم بعقد البيع، فلا يتمكَّن البائعُ من إبطاله.

ويُزاد على ذلك: «لو أعتقه قبل القبض أو دبَّره: جاز، وليس للبائع حقُّ الحبس، وما لو آجَر الوقف واستعجل الأُجرة، ثم تفاسَخا العقدَ: لم يكُن للمُستأجِر حبسُ العين المُستأجَرة لاستيفاء الأُجرة؛ لأن الوقف لا يُحبَس بحالٍ؛ لأنه فيه تعطيلُ الوقف»، «بيري»[(٣)].

(إذا قبض المشتري المبيعَ بلا إذنِ البائع قبلَ نقدِ الثمن، ثم تصرَّف) المشتري فيه تصرُّفًا يحتمل النقض، بأن باع، أو وهَب، أو رهن، أو آجَر: (فللبائع نقضُ تصرُّفِه)، أي: المشتري؛ لأن له حقَّ الحبس، (إلا في التدبير، والإعتاق، والاستيلاء)؛ لأنها

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٤٥ ـ ٤٦).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الثالث عشر فيما يتعلق بالثمن (٤/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٤٦).

لا تقبل النقضَ، (وله)، أي: للبائع، (إبطالُ الكتابة)، أي: كتابة المشتري؛ لقبولها لذلك، (كما في «البزازية»[(١)]).

«لا يقال: يمكن الحبسُ مع إيفائها[(٢)]، فلا حاجة للإبطال؛ لأن فيه إبطالَ حقِّ العبد الذي هو مِلكُ التصرُّف بكونه حُرًّا يدًا، فاضطرَّ إلى إبطالها ليتمكَّن من الحبس»، «حموي»[(٣)].

[فائدة: شراء الأُمِّ لابنِها الصغير ما لا يحتاج إليه غيرُ نافذ، إلا في مسائل]

(شراءُ الأُمِّ لابنِها الصغير ما لا يحتاج إليه غيرُ نافذٍ عليه، إلا إذا اشترَتْ من أبيه، أو منه)، أي: من الأب، (ومن أجنبيٍّ)، بأن اشترَتْ دارًا مشترَكةً بينهما، أو من الأب وحده: جاز؛ لأن الأب لما قبِل البيعَ: فقد أجاز شراءَها للصغير، وفي الثانية؛ لأن الأب لما أجاز شراءَها بعضَ الدار: فقد أذِن لها بشراءِ الجميع، كذا في «أحكام الصغار»[(٤)]، (كما في «الولوالجية»[(٥)]).

قال: «ولو اشترَت من غير الأب، ولم يُجِزْه: لم ينفُذ عليه؛ لما في «الذخيرة»: «اشترَتْ لولدها [الصغير] ضيعةً من مالها: يقَع الشراءُ لها، [وتكون الضَّيعةُ للولد]؛

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الثالث عشر فيما يتعلق بالثمن (٤/ ٥٠٦).

(٢) في النسخ: (يمكن حق الحبس مع إبقائه)، والمثبت من «غمز عيون البصائر».

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٩٠).

(٤) «أحكام الصغار»، مسائل البيوع (ص ١٨٤).

(٥) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل الثالث فيما يجوز تصرف البائع والمشتري في الثمن والمبيع (٣/ ١٩٥).

لأنها لا تملك الشراءَ للولد، وتكون واهبةً له إياها، والأمُّ تملِك ذلك، ويقع قبضُها عنه»[١]، انتهى.

لكن في «الملتقط»: «يجوز استحسانا على الصبيِّ، وليس لها أن تمتنع من دفع الضيعة إليه»[٢]. «ولو اشترت على أن لا ترجِع عليه بالثمن: جاز، وهو كالهبة استحسانًا»[٣]، انتهى.

فأفاد هذا أن الشِّراء يقع للصغير، فيُخالف ما في «الذخيرة»، إلا أن يقال: ما في «الذخيرة» بالنسبة على القياس، وهذا استحسانٌ، وظاهر عبارة «الملتقَط» أن لها الرجوعَ بالثمن على الصغير، انتهى»، «شيخنا»[٤].

[فائدة: إقالةُ الإقالةِ صحيحةٌ، إلا في السَّلَم]

(إقالةُ الإقالة صحيحةٌ)، فلو تقايلا البيعَ، ثم تقايَلاها: ارتفعَتْ وعاد البيعُ، (إلا) إقالة (السَّلَم)، فإنها لا تقبَل الإقالة، (لكون المُسلَم فيه دَينًا سقط، والساقط لا يعُود، كما ذكره الزيلعي في باب التحالُف). قال: «الإقالة في السَّلَم لا تحتمل الفسخَ، حتى لو قال: نقَضنا الإقالة، لا تنتقض، بخلاف الإقالة في البيع، فإنها تنتقض. والفرقُ: أن المُسلَم فيه سقَط بالإقالة، فلو انفسَختْ الإقالةُ لكان حكمُ الإقالة عَودُ

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب البيوع، الفصل الثالث والعشرون في المتفرقات، نوع: لا بأس ببيع العقار قبل القبض (١٠/ ٥٢٩).

(٢) «الملتقط»، كتاب البيوع (ص ١٨٧).

(٣) «الملتقط»، كتاب البيوع، مطلب: الحيلة لإسقاط الاستبراء (ص ١٩٩). ومثله في «الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل العاشر في المسائل المتفرقة (٣/ ٢٧٢).

(٤) «عمدة الناظر» (ل/ ١٨٢/ ب).

المسلَم فيه، والساقطُ لا يحتمل العَود، بخلاف المبيع، فإنه عينٌ، فأمكن عودُه إلى ملك المشتري»[(١)]، انتهى.

«وفيه إشارة إلى أن الإقالةَ في السلم جائزةٌ، حتى لو كان رأسُ مال السلم عرضًا، فتقايَلا، وهلك العرضُ قبل التسليم: لا تبطُل الإقالة؛ لأن الإقالة [في باب السَّلَم] لا تحتمل النقضَ، والمسلَم فيه وإن كان دَينًا إلا أن له حكمَ العين، وإنما جُعِل دينًا في حكمَين؛ أحدهما: أنه يَقبل الأجَل، والآجال تختصُّ بالدُّيون، والثاني: أنه يسقُط بلفظ الإبراء، وصحة الإبراء تختصُّ بالديون. وفيما عدا هذَين الحكمَين أُعطي له حكمُ الأعيان، فهلاكُ ما يقابله من العروض لا يمنع صحةَ الإقالة ابتداءً ولا بقاءً، كذا في «البيري»[(٢)] مُعزيًا لـ«الذخيرة»[(٣)]، فتأمل.

[فائدة: للمُستأمن بيعُ مُدبَّره ومُكاتَبه دون أُمِّ ولدِه]

(للمستأمِن بيعُ مدبَّرِه ومكاتَبِه دون أمِّ ولده)؛ قال في «الفروق» للمحبوبي: «فلو خرج حربيٌّ بأمِّ ولده إلينا: لا يكون له بيعُها، ولو كان له مدبَّرٌ: جاز بيعُه»، انتهى؛ لأنه لا قيمة لأمِّ الولد عند أبي حنيفة، بخلاف المُدبَّر.

[فائدة: من باع مالُ الغائب بطل بيعُه، إلا الأب المحتاج]

(ومن باع مالَ الغائب بطل بيعُه) إذا أبطله الغائب، (إلا الأبُ المحتاج للنفقة على قول) أبي حنيفة، فيبيع المنقولَ، لا العقارَ، كما في سائر الكتب.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الدعوى، باب التحالف (٤/ ٣١٠).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٤٧).

(٣) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الصلح، الفصل السادس في الصلح في السلم (١١/ ٢١٢).

هذا إذا احتاجه لنفقته أو نفقةِ الأم، كما في «المعراج»، «وينبغي أن تكون الزوجةُ وأولادُه الصِّغار كذلك»، «در منتقى»[١].

وفيه أيضا: «وفيه إشارة إلى انه لا يبيع زيادةً على قدر الحاجة، وإلى أن الابن لا يبيع عرضَ أبيه وعقاره، وإلى أن الأُمَّ لا تبيع عرضَ أبيه وعقاره لنفقتِها في ظاهر الرواية، وعندهما: لا يجوز للأب أيضًا»[٢]، انتهى.

(كذا في نفقات «البزازية»[٣]).

[فائدة: المقبوض على سَوْم النظر ليس بمضمون مطلقًا]

(المقبوضُ على سَوم الشراء مضمونٌ عند بيان الثمن) من جانب البائع أو جانب المشتري، كما تقدَّم. وهل هو مضمونٌ بالقيمة أو بالثمن؟ **الفتوى** على أنه مضمونٌ بالقيمة، كما في «النهاية». وقيل: إنه مضمونٌ بالقيمة إن كان المسمَّى من جهة البائع، وبالثمن إن كان من المشتري.

وأعاد هذه الجملة لقوله: (و)المقبوضُ (على سَوم النظر ليس بمضمونٍ مطلقًا)، سواء بيَّن الثمن أو لا، (كما بيَّنَّاه في «الشرح»[٤])، وقد مرَّ الكلام فيه.

[حيلة: في عدم رجوع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق]

(الحيلةُ في عدم رجوع المشتري على بائعه بالثمن عند استحقاق المبيع: أن يُقِرَّ المشتري أنه)، أي: المشتري، (باعه)، أي: المبيعَ، (من البائع قبل ذلك)، أي:

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الطلاق، فصل: نفقة الطفل الصغير (٢/ ٢٠١).

(٢) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الطلاق، فصل: نفقة الطفل الصغير (٢/ ٢٠١ ـ ٢٠٢).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب النكاح، الفصل التاسع عشر في النفقات (٤/ ١٦٥).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط، خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه (٦/ ١٠ ـ ١١).

قبل البيع له، (فلو رجَع) المشتري (عليه)، أي: على البائع، (لرَجع) البائعُ (عليه)، أي: على المشتري. هذا إذا وافَق المشتري البائع على الإقرار بذلك، وإلا فلا فائدة، (كذا في «البزازية»[1]).

[ضابط: خيارُ الشرط داخلٌ على الحكم، لا على البيع]

(خيارُ الشرط) للمُتبايعَين، أو لأحدهما، أو لغيرهما في البيع: (داخلٌ على الحكم)، وهو المِلك، (لا على البيع)، وهو الإيجابُ والقبول، يعني: أن الخيار يمنع ابتداءَ الحكم، بأن ينعقد السببُ ويتأخَّر الحكمُ؛ لأنه ثبت على خلاف القياس لضرورة دفع الغَبْن، والضرورةُ تندفع بدخوله في مجرَّد الحكم دون السبب؛ تقليلا لعمَله بقدر الإمكان، حيث يكون لصاحب الخيار فسخُ البيع بدون رضا صاحبه، ولا يجوز ذلك في السبب؛ لأن دخوله على السبب دخولٌ على الحكم وتأخيرٌ له ضرورةَ أنه تابعٌ للسبب ثابتٌ به.

(فلا يُبطِله)، أي: خيارُ الشرط البيعَ، (إلا في بيع الفُضولي إذا شرط الخيارَ فيه للمالك، فإنه)، أي: الاشتراط المذكور، (يُبطله)، أي: البيع، (كما في «فروق الكرابيسي»[2])، معلِّلا له بأن له الخيارَ بدون الشرط، فيكون الشرطُ له مُبطلا له[3]، انتهى.

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل السادس عشر في الاستحقاق (٥/ ٤٣٣).

(٢) قال الحموي (٢/ ٢٩٢): «قوله: كما في «فروق الكرابيسي». أقول: صوابه: كما في «فروق المحبوبي». وعبارته: ولو شرط الخيار في بيع الفضولي لمن وقع البيع له بطل العقد، فلا يتوقف؛ لأن الخيار له بدون الشرط، فيكون الشرط له مبطلا، يعني: لأنه حينئذ يكون داخلا على البيع، والبيع يبطل بالشرط، بخلاف ما إذا كان خيار الشرط في بيع غير الفضولي، فإنه يكون داخلا على الحكم، والحكم لا يبطل بالشرط».

(٣) أي: فيكون الشرط للمالك مبطلا للبيع.

وفي «النهر»: «ينبغي أن يكون الشرطُ لَغْوًا فقط، فتدبَّر»[١]، وقد مرَّ قريبًا.

[فائدة: في بيان المراد بلفظ «المَرافِق» و«الحقوق» عند أئمَّتنا]

(وفي دعوى «البزازية»: المَرافِق)، جمع مِرفق، بكسر الميم[٢] وفتحِ الفاء، لا غير، كالمطبخ على التشبيه باسم الآلة، بخلاف مرفق الوضوء، (عند الإمام الثاني) أبي يوسف: (المَنافعُ)، أي: عبارةٌ عنها، (والحُقوق)، جمعُ حقٍّ، وهو (الطريق)، والشِّرب، (والمَسِيل)، فالحقوق أخصُّ من المرافق. (وفي ظاهر الرواية): المرافق (هي الحقوق، انتهى)، فهما مترادفان.

وفي «الرمز»: «الحقُّ في الدار يُذكَر فيما هو تبَعٌ للمبيع، ولا يُقصَد إلا لأجل المبيع، كشرب وطريق، والمرفق ما يُرتَفق به، ويختصُّ بما هو من التوابع، كمَسيل الماء. فلو اشترى دارًا: يدخل العلو والكنيفُ وإن لم يذكُر فيه شيئا؛ لأن الدار اسمٌ لما يدور عليه الحدودُ من الحائط، ويشتمل على بيوتٍ ومنازلَ وصحنٍ غير مُسقَّفٍ، والعلو من أجزائه، فيدخُل بلا ذكرِ شيءٍ، كالكنيف، وبئر الماءِ، والأشجارِ التي في صحنها، والبُستان الداخل، لا الخارج، إلا إذا كان أصغرَ منها.

والظُّلَّة لا تدخُل في بيع الدار بكل حقٍّ ونحوِه، وهي الساباط الذي أحد طرفَيه على الدار والطرف الآخرُ على دارٍ أُخرى أو على الأسطوانات في السِّكَّة، سواء كان مفتحُها إلى الدار أو لا، ومن قال: إنها السُّدَّة التي فوق الباب فقد وهِم.

---

(١) «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب الحقوق (٣/ ٤٩١).

(٢) في هامش (خ): (قوله: جمع مرفق، بكسر الميم... إلخ. الذي في «القاموس»: الرِّفق، بالكسر، ما استعين به واللطف، رفق به وعليه، مثلثة، رفقا ومَرْفِقا، كمجلس ومقعد ومِنْبر. والمرفق كمنبر ومجلس، موصل الذراع في العضد، ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها، وكمكنسة المِخَدَّة، انتهى. وبه يعلم ما في كلام هذا الشارح).

ولا يدخل العُلْوُ في شراء بيتٍ أصلا، ذكر أو لم يذكر، وفي شراء منزلٍ بذكرِ كلِّ حقٍّ ونحوه، وإلا فلا؛ لأن البيت اسم لمسقَّفٍ واحد يصلُح للبيتوتة، والعُلْو مثله، والشيءُ لا يكون تبعًا لمثله، والمنزل له شبَهٌ بالدار وبالبيت؛ لأنه ما يتأتَّى فيه مرافقُ السكنى مع ضربِ قصور؛ إذ لا يكون فيه منزلُ الدوابِّ كالإصطبل، فلشَبَهِه بالدار يدخل في ذكر التوابع، ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكرٍ. قال في «الكافي»: وهذا التفصيل عُرف الكوفة، وفي عُرفنا لا فرق بين هذه الأشياء الثلاثِ في دخول العُلو، وإن لم يُسمِّ الحقوقَ ونحوها.

ولا يدخل الطريقُ، والمَسيلُ، والشِّرب إلا بنحو «كلِّ حقٍّ»، ويدخل الباب الأعظمُ في بيع الدار بذكر مرافقِها، ويدخل الجميعُ في الإجارة والرهن والوقف بلا ذكر؛ لأنها تُعقَد للانتفاع، ولهذا لو استثنى هذه الأشياء عن عقد الإجارة: تبطُل.

ولا يدخل مسيلُ ماء الميزاب إذا كان في ملكٍ خاصٍّ، ولا يسقط الثلجُ فيه، وقدرُ الحمام يدخل؛ لأنه متصلٌ بالبناء، وكذا الحجر الأسفل من الرَّحَا، وكذا الأعلى استحسانًا، والآلاتُ المُلتصِقة بالبيت»، «عيني»[١].

«والإقرارُ بدارٍ لا يدخل الطريقُ إلا بذكر الحقوق والمرافق، وكذا الصلحُ عليها، والوصيَّةُ بها، كالبيع، وكذا الهبة، والنكاحُ، والخُلع، والعتق على مالٍ. والقسمةُ لا تدخل فيها الطريق وإن ذكرت الحقوقُ والمَرافقُ إلا برِضًا صريحٍ»، كما في «الدر المختار»[٢].

واستشكل في «العناية»[٣] على «أن العُلوَّ لا يدخل تحت البيت؛ لأنه مثله،

---

(١) انظر: «رمز الحقائق»، كتاب البيوع، باب الحقوق في المبيع (٢/ ٤٥)، بتصرف.

(٢) انظر: «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الحقوق في البيع (ص ٤٣٤).

(٣) عبارة «العناية»، كتاب البيوع، باب الحقوق (٧/ ٤٠): «ومن اشترى بيتا فوقه بيت...: لم يدخل =

والشيء لا يتناول مثله، بالمستعير، فإن له أن يُعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، والمكاتَبِ، فإن له أن يكاتب. وأجاب بأن المراد بالتبعية ههنا أن يكون اللفظ الموضوعُ لشيءٍ يتبعه بما هو مثله في الدخول تحت الدلالة؛ لأنه ليس بلفظٍ عامٍّ يتناول الأفراد؛ إذ فرض المسألة في معلوم، ولا من لوازمه، وليس في الإعارة والكتابة ذلك، فإن لفظ المعير «أعرتُكَ» لم يتناول عاريةَ المستعير أصلا، لا تبَعًا ولا أصالة، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليكُ المنافع، ومن ملك شيئا جاز أن يُملِّكه لغيره، وإنما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرًا من وقوع التغيُّر به، والمكاتَب لما اختصَّ بمكاسبه كان أحقَّ بتصرُّف ما يوصله إلى المقصود، وفي كتابة عبده توصُّلٌ إلى ما يوصله إلى ذلك، فكانت جائزةً»[1]، انتهى.

[فائدة: البيع لا يبطُل بموت البائع، إلا في الاستصناع]

(البيع لا يبطُل بموت البائع إلا في الاستصناع، فيبطل بموت الصانع)؛ لأنه إجارةٌ في المعنى، وهي تبطل بموتِ أحد المُتعاقدَين، قال الحموي: «فينبغي أن يبطُل بموت المُستصنِع أيضًا»[2].

والاستصناعُ: أن يقول للصانع، كالخفَّاف مثلا: اصنَع لي من مالِكَ خُفًّا، من هذا الجنس، بهذه الصفة، بكذا. وهو بالأجل سلَمٌ، فيُعتبر شرائطُه، تعامَلوا فيه أو

= الأعلى. ومن اشترى دارا بحدودها، ولم يذكر شيئا من ذلك: دخل فيه العلو والكنيف، وهذا؛ لأن الدار لما كان اسما لما أدير عليه الحدود، والعلو ليس بخارج عنها، وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه: دخل فيه، والبيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص بذكره، وإلا لكان الشيءُ تابعا لمثله، وهو لا يجوز. ولا يشكل بالمستعير... إلخ».

(١) انظر: «العناية»، كتاب البيوع، باب الحقوق (٧/ ٤٠). وفي «فتح القدير» مزيد توضيح.

(٢) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٩٢).

لا، وبلا أجلٍ فيما يُتعامَل، كخُفٍّ وقُمْقُمة وطَستٍ: صحَّ بيعًا، لا عِدةً، فيُجبَر الصانعُ على تسليمه، ولا يرجع الآمرُ عنه، والمبيع هو العَين، لا عملُه، فإذا جاء بما صنَعه غيرُه، أو هو قبل العقد، فأخذه: صحَّ، ولا يتعيَّن له إلا باختياره، فصح بيعُ الصانع قبل اختيارِ الآخَر، وله تركُه وأخذُه؛ لما عرفتَ أن المبيع هو العين، فله خيارُ الرؤية، ولا يصحُّ فيما لا يُتعامَل كالثوب إذا كان بلا أجلٍ، «ابن كمال».

[فائدة: فيما إذا اختلفا في أصل التأجيل ومقداره]

(إذا اختلفَا)، أي: المتبايعان، (في أصل التأجيل)، بأن قال أحدُهما: كان بأجلٍ، ونفاه الآخر: (فـ)لا تحالُفَ، و(القولُ لنافيه)، أي: التأجيل مع يمينه؛ لأن الأجل عارضٌ يثبُت بالشرط، **والقولُ لمُنكِرِ العوارِض**، خلافًا لزفر والشافعي، فإنهما يَتحالفان عندهما، (إلا في السَّلَم)، فإنَّ القول لمُثبِتِه، لا لنافيه؛ لأن الأجل فيه شرطٌ، وتركُه مفسِدٌ، وإقدامُهما يدلُّ على الصحة، فكان القولُ لمدَّعيه.

(وإن اختلفا في مقداره)، أي: الأجل، فإن قال أحدهما: كان شهرًا، وقال الآخر: كان شهرَين، (فلا تحالُف)، والقول لمدعي الأقلِّ، (إلا في السَّلَم)، فإنهما يتحالفان وينفسخ، ويرُدُّ ربُّ السلم رأسَ ماله، وليس لهما تجديدُ العقد قبل أن يقبض ربُّ السلم رأسَ ماله؛ لئلا يلزم تفريقُهما عن دَينٍ بدين، وهو باطل؛ إذ من شرط صحة السلَم قبضُ رأسِ المال قبل الافتراق بالأبدان. فقولُ الحموي: «قيل: هل ينفسخ عقدُ السَّلَم بعد التحالُف كما في البيع ثم يُجدَّد؟ الظاهرُ: نعم؛ لأنه حكمُ التحالُف»[1]، محمولٌ على ما إذا كان رأسُ المال قائمًا بيد المُسلَم إليه حين تجديد العقد»، «شيخنا».

---

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٢٩٣).

وفي «الملتقى» و«شرحه»: «ولو ادعى أحدُ عاقِدَي السَّلم بيانَ الأجل أو اشتراط الرداءة، وأنكر الآخر: فالقولُ لمُدَّعيها مطلقًا، وقالا: للمُنكِر، إن كان ربَّ السَّلَم[(١)] في التأجيل، أو المسلَمَ إليه في الرَّداءة»[(٢)].

وفي «التنوير»: «**القول لمُدَّعي الرَّداءة والتأجيل، لا لنافي الوصف والأجل. والأصلُ** فيه: أنهما إذا اختلفا في الصحة، فإن خرج كلامُ أحدِهما تعنتًّا: فالقولُ لمُدَّعي الصحة اتفاقًا، وإن خرج خصومةً فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: القولُ للمنكِر. ولو اختلفا في مقداره، أي: الأجل، فالقولُ للطالب مع يمينه، وأيٌّ برهَن قُبِل، وإن برهنا: قُضِي ببيِّنة المطلوب. وإن اختلفا في الثمن[(٣)]: تحالفا»[(٤)].

وفي «شرح الكنز» للمقدسي: «ولا تحالُف فيما إذا اختلفا في مقدار الأجل؛ لأنه ليس في المعقود عليه، ولا بدلِه، بخلاف الاختلاف في الصفة؛ لجرَيانه مجرى الأصل»، انتهى، فتأمَّلْ، فإنه مخالِفٌ لما ذكره المصنِّف.

وفي «الخانية»: «ولو اختلفا في قدر رأس المال أو جنسه أو صفته، أو اختلفا في جنس المسلَم فيه أو قدره أو صفته، أو ذُرْعان ثوب السَّلَم: فإنهما يتحالفان. وإن اختلفا في مكان الإيفاء قال أبو حنيفة رحمه الله: القولُ قول المُسلَم إليه، ولا يتحالفان، وقال صاحباه: يتحالفان، وقيل: الخلاف على العكس، والأول **أصحُّ**».

ثم ذكر الخلافَ بين الإمام وصاحبَيه في شرط أصل الأجل، وقال: «وإن اختلفا في قدره: كان القولُ قولَ ربِّ السَّلَم مع يمينه، والبيِّنةُ بيِّنة المُسلَمِ إليه. ولو

---

(١) أي: إن كان المنكرُ ربَّ السلم.

(٢) «ملتقى الأبحر» مع «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، باب السلم (٣/ ١٤٨).

(٣) كذا في النسخ. وفي «الدر المختار»: «السلم».

(٤) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب السلم (ص ٤٤٠).

اتفقا على قدر الأجلو واختلفا في [مُضِيِّه][(١)]: كان القولُ قولَ المُسلَم إليه، والبيِّنةُ بيِّنتُه أيضًا»[(٢)]، انتهى.

[فائدة: رأسُ المال في السَّلَم بعد الإقالة كحكمِه قبلها]

(رأسُ المال في السلم)، أي: حكمُه، (بعد الإقالة، كهو)، أي: كحكمه، (قبلها، فلا يجوز) للمُسلَم إليه (التصرُّف فيه بعدها كقبلَها) قبلَ القبض، يعني: أنه لا يجوز التصرُّف للمسلَم إليه في رأس المال قبل قبضه بنحوِ شركةٍ وتولية؛ لأن لرأس المال شَبَهًا بالمبيع، والتصرُّف فيه قبل القبض لا يجوز، وكذلك الحكم بعد الإقالة في عقد السَّلَم الصحيح بعد وقوعه قبل قبضِه بحكم الإقالة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلَمكَ أو رأسَ مالِكَ»[(٣)]، أي: عند الفسخ، ولأنه أَخَذ شَبَهًا بالمبيع، فلا يحِلُّ التصرُّف فيه قبل قبضه، وهذا لأن الإقالة بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، ولا يمكن جعلُ المسلَم فيه مبيعًا لسقوطه، فجُعِل رأسُ المال مبيعًا لأنه دَينٌ مثله، وفيه خلافُ زفر، فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة المسلَم فيه قبله، فيأخذ حكمَه من حرمة الاستبدال بغيره.

[استثناء من الفائدة السابقة]

(إلا في مسألتين)، فإن رأسَ المال بعد الإقالة ليس كحكمه قبلها:

الأُولى: (أنه لا تحالُفَ لو اختلفا)، أي: ربُّ السلم والمسلَم إليه، (فيه)، أي:

---

(١) كذا في «الخانية»، وفي النسخ: (تعيينه).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأيمان، فصل في المساكنة والسكنى والكون (٢/ ٩٦).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه»، برقم (٢٠٣٦٥)، عن عمرو بن شعيب، أن عبد الله بن عمرو كان يُسلَف له في الطعام، فقال للذي كان يسلف له: «لا تأخذ بعض رأس مالنا وبعض طعامنا، ولكن خذ رأس مالنا كله، أو الطعام وافيا».

في رأس المال، (بعدها)، أي: الإقالة، «ويكون القولُ للمُسلَم إليه مع يمينه»، «ذخيرة»[(١)]، (بخلاف ما) إذا اختلفا فيه (قبلها)، فإنهما يتحالفان.

(و)الثانية: (لا يُشترط) لصحتها (قبضُه) لرأس المال (بعدها)، أي: الإقالة، (قبلَ الافتراق) بالأبدان، (بخلافه قبلها)، فإنه يشترط قبضُه؛ لأنها ليست بيعًا من كل وجه، ولهذا جاز إبراؤُه عنه، وإن كان لا يجوز قبلها.

وفي «البدائع»: «قبضُ رأس المال إنما هو شرطٌ حالَ بقاء العقد. وأما بعد ارتفاعه بطريق الإقالة أو بطريقٍ آخَر، فقبضُه ليس بشرطٍ في مجلس الإقالة، بخلاف القبض في مجلس العقد. وقبضُ بدل الصرف في مجلس الإقالة شرطٌ لصحة الإقالة، كقبضه في مجلس العقد.

ووجه الفرق: أن القبضَ في مجلس العقد في البدلَين ما شُرِط لعينه، وإنما شُرِط للتعيين، وهو أن يصير البدلُ متعيِّنًا بالقبض صيانةً عن الافتراق عن دَينٍ بدين، ولا حاجة إلى التعيين في مجلس الإقالة في السلم؛ لأنه لا يجوز استبدالُه، فيعود إليه عينُه، فلا حاجة إلى التعيين بالقبض، فكان الواجبُ نفسَ القبض، فلا يُراعَى له المجلس، بخلاف الصرف؛ لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض؛ لأن استبداله جائز، فلا بد من شرط القبض في المجلس للتعيين»[(٢)]، انتهى، كذا في «البحر»[(٣)].

وقيَّد بكون السلم صحيحًا؛ لأنه «لو كان فاسدًا: لجاز الاستبدال؛ لأن رأس

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب البيوع، الفصل الثاني والعشرون في السلم، نوع في الإقالة والصلح (١٠/ ٥١٢).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب البيوع، آخر فصل في شرائط الركن (٥/ ٢٠٧).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب السلم، أسلم مائتي درهم في كر بر (٦/ ١٨١).

المال فيه في يد البائع، كمغصوب، فصحَّ استبداله»، كما في «جامع الفصولين»[١]

[فائدة: بدلُ الصَّرف كرأس المال في السَّلَم، إلا في مسألة]

(بدلُ الصَّرف) في الحكم (كرأس المال) في السَّلَم، (فلا بد من القبض قبل الافتراق) بالأبدان (فيهما)، أي: في بدل الصرف ورأس المال، (فلا يجوز التصرُّفُ فيهما قبل القبض، إلا في مسألة)، فإن حكمَ البدل ليس كحكم رأس المال فيها، وهي أنه (لا بد من قبضِه)، أي: قبض بدل الصرف، (قبلَ الافتراق) بالأبدان (بعد الإقالة كقبلها، بخلاف رأس المال في السَّلَم)، فإنه لا يشترط قبضُه بعد الإقالة قبل الافتراق. ووجه الفرق ما نقلناه عن «البدائع».

(والكلُّ)، أي: كلُّ ما ذُكر من المسائل، مذكورةٌ (في «الشرح»)، أي: شرح «الكنز».

[فائدة: يشترط قيام كل المبيع عند الاختلاف للتحالف، إلا في مسألة]

ثم اعلم أن «المتبايعَين لو اختلفا في قدر الثمن أو وصفِه، أو في قدر المبيع: حُكِم لمن برهن، وإن برهنا: فلمُثبِت الزيادة، وإن اختلفا فيهما: فلو في الثمن قُدِّم برهانُ البائع، ولو في المبيع: قُدِّم برهانُ المشتري، وكذا لو اختلفا في وصف الثمن أو في الجنس»، كما في «الهداية»[٢]. وإن عجَزا عن البرهان، ولم يرضَ أحدُهما بدعوى الآخر: تحالَفا، أي: يُحلِّف القاضي كلَّ واحد منهما على دعوى الآخر، ما لم يكن فيه خيارٌ، فيَفسَخ من له الخيارُ، ومن نكَل منهما: لزِمه دعوى الآخر. وهل ينفسخ العقدُ بمجرَّد التحالُف أو يفسخه القاضي؟ **الصحيحُ** الثاني.

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها (٢/ ٥١).

(٢) انظر: «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الدعوى، باب التحالف (٨/ ٢٠٥ و٢١٢).

ولكن (يشترط قيامُ كلِّ المبيع عند الاختلاف)، أي: اختلافِ المتبايعَين في قدر الثمن، وقوله: (للتحالُف)، متعلق بـ«يشترط»، أي: يشترط لحلفِ كلِّ واحدٍ من المتبايعَين عند الاختلاف قيامُ المبيع في يد المشتري، فلو هلك كلُّه أو بعضُه: لا يتحالفان، ويُحلَّف المشتري، (إلا إذا استهلكه)، أي: المبيعَ، في غير يد البائع، (غيرُ المشتري)، فإنهما يتحالفان؛ لأن القيمة قائمةٌ مقامَ العين، وهذا عندهما، «وقال الشافعي ومحمد: يتحالفان ويُفسخ البيعُ على قيمة الهالك يومَ القبض. وعلى هذا الخلافِ، إذا خرج المبيعُ عن ملكه، أو تغيَّر وصار بحالٍ لا يقدر على ردِّه بعيبٍ.

له: أن كلَّ واحد منهم يدعي غيرَ العقد الذي يدعيه صاحبُه، والآخَرُ ينكره، وإنه يفيد دفعَ زيادة الثمن، فيتحالفان، كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة.

ولهما: أن التحالف بعد القبض على خلافِ القياس؛ لأنه مُسلِّمٌ للمشتري ما يدعيه، وقد ورَد الشرعُ به في حالِ قيام السلعة، والتحالُف فيه يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها؛ لارتفاع العقد، فلم يكن في معناه، ولأنه لا يُبالَى بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يُراعَى من الفائدة ما يوجبه العقدُ، وفائدةُ دفعِ زيادة الثمن ليسَتْ من موجَباته.

وهذا إن كان الثمنُ دينًا، فإن كان عينًا: يتحالفان؛ لأن المبيع في أحدِ الجانبَين قائمٌ، فيوفي فائدة الفسخ، ثم يُرَدُّ مثلُ الهالك إن كان له مثلٌ، أو قيمتُه إن لم يكن له مثلٌ»، كذا في «الهداية»[1].

قال في «المنح»: «بخلاف ما إذا اختلفا في جنسٍ، بأن ادَّعى أحدُهما أنه دراهمَ، والآخَرُ أنه دنانير؛ لأنهما لم يتفقا على ثمنٍ، فلا بد من التحالُف للفسخ، وهنا اتفقا،

---

(١) انظر: «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الدعوى، باب التحالف (٨/ ٢١٣ ـ ٢١٧).

وهو كافٍ للصحة. وبهذا عُلم أن الاختلاف في جنسِ الثمن كالاختلاف في قدرِه، إلا في مسألة، وهي ما إذا كان المبيعُ هالكا»، انتهى.

وكذا لا تحالُفَ بعد هلاكِ بعضِه إلا أن يرضَى البائعُ بتركِ حصةِ الهالك، فيتحالفان على القائم، فإنه حينئذ يكون الثمنُ كلُّه بمقابلة القائم.

وتفسيرُ التحالُف على قول محمد رحمه الله تعالى ما بيَّناه في القائم. وإذا حلَفا، ولم يتفِقا على شيءٍ، فادَّعى أحدُهما الفسخَ أو كلاهما: يفسخ العقد بينهما ويأمر المشتري بردِّ الباقي وقيمةِ الهالك. واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف، و**الصحيحُ** أن يُحلِّف المشتري: بالله ما اشتريتُهما بما يدَّعيه البائعُ، فإن نكَل: لزِمه دعوى صاحبِه، وإن حلف: يُحلِّف البائعُ: بالله ما بعتُهما بالثمن الذي يدَّعيه المشتري، فإن نكَل: لزِمه دعوى المشتري، وإن حلف: يُفسَخ العقدُ في القائم ويسقُط حصتُه من الثمن، ويلزم المشتري حصةُ الهالك، ويعتبر قيمتُها يومَ القبض، وإن اختلفا في قيمة الهالك: فالقولُ للبائع، وأيُّهما أقام البيِّنةَ تُقبَل بينتُه، وإن أقاماها: فبيِّنةُ البائعِ أولى.

(كذا في «الهداية»).

[فائدة: الرِّبا حرام، إلا في مسائل]

(الرِّبا)، وهو فضلُ مالٍ خالٍ عن عوضٍ، شُرِط لأحدِ المتعاقدَين في معاوَضةِ مالٍ بمالٍ، (حرامٌ) بالنصِّ القاطع: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ﴿لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾ [آل عمران: ١٣٠]، (إلا في مسائل):

الأُولى: لا ربا (بين مُسلمٍ وحربيٍّ ثمَّة)، أي: في دار الحرب، خلافًا لأبي يوسف والأئمةِ الثلاثة اعتبارًا بالمُستأمَن في دارنا. ولنا: أن مالهم مباحٌ في دارهم، فبأيِّ

طريق أخذه المسلمُ أخَذ مالا مباحًا إذا لم يكن فيه غَدْرٌ، وهنا ليس فيه غدرٌ؛ لأنه [لم يصِر][(١)] مغصوبًا[(٢)] بعقد الأمان، إلا أنه التزم أن لا يغدِرهم، ولا يتعرَّض لما بيدهم بدون رضاهم، فإذا أخذه برضاهم: ملَكه بالإباحة السابقة؛ إذ تأثيرُ الأمان في تحصيل التراضي دون التملُّك، وكان الملكُ في حقِّ الحربي زائلًا بالتجارة كما رضِي به، وفي حقِّ المسلم ثابتًا بالاستيلاء على مباحٍ، بخلاف مُستأمَنِهم في درانا؛ لأن مالَه صار محظورًا بالأمان.

(و)كذا لا ربا (بين مسلمَين) أسلمَا (ثمَّة)، أي: في دار الحرب، (ولم يخرُجا) إلينا عند أبي حنيفة؛ لأن ماله غيرُ معصومٍ عنده، «وحكمُه كالحربي، فلو خرجا إلينا، ثم عادا إليهم: فلا يجوز الربا اتفاقًا[(٣)]»، «در منتقى»[(٤)]. «وكذا لو باع خنزيرًا أو خمرًا أو ميتةً، أو قامَرهم: كلُّ ذلك جائزٌ»، كما في «البناية»[(٥)].

قال في «الفتح»: «ولا يخفى أن التعليل الذي ذكرناه في عدم جرَيان الربا بين الحربيِّ والمسلم إنما يقتضي حِلَّ مباشرةِ العقد إذا كانت الزيادةُ من طرف المسلم، والربا أعمُّ؛ إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من طرف المسلم أو الكافر، وجوابُ المسألة بالحِلِّ يَعُمُّ»[(٦)]، انتهى.

قال العلامة المقدسي: «وكذا القِمار، وقد التزم الأصحابُ في الدرس أن

---

(١) في (ع): (يصير)، والمثبت من (خ).

(٢) كذا في النسخ، ولعل الصواب: (محظورا).

(٣) في هامش (ع): (لأنه بإحرازه ماله بدار الإسلام صار من أهلها، «مجتبى» و«جوهرة»).

(٤) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب البيوع، قبيل باب الحقوق والاستحقاق (٣/ ١٢٧).

(٥) «البناية»، كتاب البيوع، آخر باب الربا (٨/ ٢٩٩).

(٦) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الربا (٧/ ٣٩).

مرادَهم من حِلِّ الربا والقمار ما إذا حصَلتْ الزيادةُ للمسلم نظرًا إلى العلة، وإن كان إطلاقُ الجواب خلافَه»، انتهى.

(و)لا ربا (بين المولى وعبدِه)؛ لأن ما في يده ملكُ المولى، فلا يتحقَّق الربا. قال في «الهداية»: «وهذا إذا كان مأذونًا له، ولم يكن عليه دينٌ، فإن كان عليه دينٌ: لا يجوز؛ لأن ما في يده ليس ملكَ المولى عند أبي حنيفة، وعندهما: تعلَّق به حقُّ الغُرماء، فصار كالأجنبي، فيتحقَّق الربا كما يتحقَّق بينه وبين المُكاتَب»[1]، انتهى. ومشى عليه في «التنوير»[2] و«الدرر»[3].

وأطلقه في «الكنز»[4]؛ قال في «البحر» نقلا عن «السراج»[5]: «و**التحقيق**: أنه على إطلاقه، وأنه لا ربا بينهما وإن كان مديونا مستغرقا، وإنما يرُدُّ الزائدَ لتعلُّقِ حقِّ الغرماء به، كما لو أخَذ منه شيئًا بغير عقدٍ، كذا في «المحيط».

وفيه[6] أيضًا: إذا أخذ المولى من كسب المأذون شيئًا، ثم لحِقه دينٌ: سلَّم للمولى ما أخَذ. وإن كان عليه يومَ الأخذ دينٌ ولو قليلا: لم يُسلِّم. وفائدتُه: لو لحِقه آخَرُ يرُدُّ المولى جميعَ ما أخذه، بخلاف ما إذا أخذ منه ضريبةً وعليه دينٌ، فإنه يُسلِّم له استحسانًا. والمدبَّر وأمُّ الولد كالعبد، بخلاف المكاتَب»[7]، انتهى، «منح».

---

(١) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الربا (٧/ ٣٨).

(٢) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الحقوق في البيع (ص ٤٣٣).

(٣) انظر: «درر الحكام»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (٢/ ١٨٩).

(٤) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب البيوع، باب الربا (ص ٤٣٢).

(٥) كذا في النسخ، وفي «البحر»: («المعراج»).

(٦) أي: في مأذون «المحيط».

(٧) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيوع، باب الربا، بيع البر بالدقيق أو بالسويق (٦/ ١٤٧).

(و)لا ربا (بين المُتفاوِضَين)؛ لأن الكلَّ مالَهما، (و)لا بين (شريكَي العنان) إذا تبايعا من مالِ الشركة، لا غيرِه، وإلا فلا يجوز، (كما في «شرح إيضاح» الكرماني)، انتهى، والله المستعان.

* * *

(كتاب الكفالة والحوالة)

ذكرهما عقبَ البيوع؛ لأنهما يكونان فيه غالبًا، وفي باب واحد؛ لأن في كلٍّ منهما التزامًا بما على الأصيل، ولهذا جاز استعارةُ كلٍّ منهما للآخَر إذا اشترط موجَب إحداهما عند ذكر الأُخرى.

وأخَّر الحوالة؛ لأنها تتضمَّن براءةَ الأصيل، والبراءةُ تقفُو الكفالةَ، فكذلك ما تضمنها.

[تعريف الكفالة والحوالة، وبيان أركانهما وشرائطهما]

والكفالة لغةً: الضمُّ، وشرعا: ضمُّ ذِمَّةٍ إلى ذمة في المطالَبة، لا في الدَّين على **الأصحِّ**.

وركنُها: الإيجابُ والقبول.

وشرطُها في النفس: كونُ المكفولِ به مقدورَ التسليم، وفي الدَّين: كونُه صحيحًا.

وحكمُها: لزوم المطالَبة على الكفيل.

وأهلُها: من هو أهلُ التبرُّع.

والمُدعِي مكفولٌ له، والمدَّعَى عليه مكفولٌ عنه، والنفسُ أو المال مكفولٌ به، ومن لزِمتْه المطالَبة كفيلٌ.

والحوالة لغةً: النقلُ، وشرعا: نقلُ الدَّينِ من ذمة المحيلِ إلى ذمة المحالِ عليه.

والمديونُ محيلٌ، والدائن مُحتالٌ ومحتالٌ له ومُحالٌ له، ومن يقبَلها مُحتالٌ عليه ومحالٌ عليه، والمالُ محالٌ به.

وشُرِط لصحَّتها رضَى الكلِّ بلا خلافٍ إلا في الأوَّل، وهو المحيل، قيل: يشترط، وقيل: لا.

وتصِحُّ في الدَّين، لا العين.

[فائدة: براءةُ الأصيل مُوجِبةٌ لبراءة الكفيل، إلا في مسألة]

(براءةُ الأصيل) بالأداءِ، أو بإبراء الطالبِ الأصيلَ: (موجِبةٌ لبراءة الكفيل)؛ لأنه لا دينَ عليه في **الصحيح**، وإنما عليه المُطالَبة، فيَستحيل بقاؤُها بلا دَين، وهذا بالاتفاق، حتى على قولِ من قال بتعدُّد الدَّين؛ لأنه حكميٌّ، فيسقُط بأداءٍ واحد، «منح».

(إلا إذا ضمِن) الكفيلُ (له)، أي: للأصيل[1]، (الألفَ التي له على فلان[2]، فبرهَن فلان[3] على أنه قضاها قبل ضمانِ الكفيل)، وقُبِل برهانُه: (فإن الأصيل بريءٌ دون الكفيل)، ولو برهن أنه قضاه بعدها[4]: يَبْرءَان، (كذا في «الخانية»[5])؛ لأن

---

(١) في هامش (خ): (قوله: أي: للأصيل. هذا خطأ، وصوابه: أي: لرب الدين، انتهى).

(٢) في هامشة (خ): (قوله: إلا إذا ضمن له الألف التي له على فلان، بأن قال: اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالألف التي له على فلان، «حموي»).

(٣) في هامش (خ): (قوله: فبرهن فلان، وهو المديون، وقبل برهانه أنه قضاها قبل ضمان الكفيل، «حموي»).

(٤) قوله: بعدها: أي: بعد الكفالة.

(٥) عبارة «فتاوى قاضي خان»، كتاب الكفالة والحوالة، فصل في الكفالة بالمال (٣/ ٦٦ ـ ٦٧): =

إقدامَه على الكفالة إقرارٌ بالمال، وبذلك الإقرار صار مكذَّبا بشهود القضاء قبل الكفالة، «ولو أقام البيِّنة على القضاء بعد الكفالة: يبرأ الكفيلُ؛ لأن الثابت بالبيِّنة العادلة كالثابت عَيانًا»، انتهى، «ذخيرة»[(١)].

قال العلامة المقدسي: «ولقائلٍ أن يقول: لا حاجةَ إلى إخراجِ هذا؛ لأن المراد: الكفيل بعد الكفالة لا يبرَأ إلا مع براءة الأصيل؛ لأنه قبل الكفالة لا يكون كفيلا»، انتهى.

وفي «القنية»: «براءةُ الأصيل إنما توجب براءةَ الكفيل إذا كانت بالأداء أو الإبراء، فإن كانت بالحلف: فلا؛ لأن الحلف يفيد براءةَ الحالف فحَسْب»، انتهى.

وهل يُشتَرط قبولُ الأصيلِ البراءةَ؟ نعم؛ فإن ردَّها ارتدَّتْ.

وهل يعود الدَّينُ على الكفيل؟ فيه قولان. وموتُ الأصيل كقبوله.

وفي «النهاية»: «إبراء الأصيل وتأجيلُه يرتدُّ بالردِّ. وإبراءُ الكفيل يرتدُّ بالرد، وأما تأجيلُه، فلا يرتدُّ بالردِّ»، انتهى. وفي «الدرر»: «إنْ أبرَأَ الطالبُ الكفيلَ: برِئَ وإن لم يقبَلْ»[(٢)]، انتهى.

ولا ينعكِس الحكمُ الذي ذكره المصنِّف، فإن براءةَ الكفيل لا توجب براءة

= «رجل قال لجماعة: اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالألف التي له على فلان، ثم إن المديون أقام البينة أنه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل: قبلت بينته ويبرأ المديون عن دين الطالب، ولا يبرأ الكفيل عن الطالب؛ لأن قول الكفيل ذلك كان إقرارا منه بالدين عند الكفالة، فلا يبرأ الكفيل. ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة: برئ المديون والكفيل جميعا».

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الكفالة، الفصل الحادي عشر في براءة الكفيل بإبراء وبغير إبراء (١٥/ ٤٥٧).

(٢) «درر الحكام»، كتاب الكفالة (٢/ ٣٠٣).

الأصيل؛ لأن عليه المطالَبة، وبقاءُ الدَّين على الأصيل بدونه[١] جائز، كذا في «المنح».

[فائدة: التأخير عن الأصيل تأخيرٌ عن الكفيل، إلا في مسألة]

(التأخير)، أي: تأخيرُ الدين، (عن الأصيل تأخيرٌ عن الكفيل)، ولا عكس؛ لأن التأخير أداءٌ مؤقَّتٌ، فيُعتبر بالمؤبَّد، فلو ردَّ الأصيلُ التأخيرَ يرتَدُّ، ولو ردَّه الكفيل لا يرتدُّ، (إلا إذا صالح المكاتَبُ[٢]) وليَّ المقتول (عن قتل العَمْد بمالٍ ثم كفَل به)، أي: المكاتَبِ، به (إنسانٌ، ثم عجَز المكاتَبُ) عن الكتابة: (تأخَّرتْ[٣] مطالبةُ المصالح إلى عتق الأصيل)، أي: المكاتَب الذي عجز: فليس له أن يطالِبَه حتى يعتق، (وله)، أي: للمصالح، (مطالبة الكفيل الآن)، أي: قبل العتق، (كذا في «الخانية»[٤])؛ لأنه كفَل بمالٍ واجبٍ للحال، وإنما تأخَّرتْ المطالبة عن المكاتب قبل العتق لإفلاسه وعجزِه، فلا تسقُط عن الكفيل، قال العلامة المقدسي: «ويُفهَم منه أن كلَّ أصيلٍ أعسَر تمتنِع مطالبتُه، ويُطالَب كفيلُه الموسِر، وهو ظاهر»، انتهى.

(ولو كان الدَّينُ) الذي على الأصيل (مؤجَّلا فكفَل به)، أي: بالدين المؤجَّل

---

(١) قوله: بدونه، أي: المطالبة، وذكَّر الضمير تساهلا. كذا في هامش (خ).

(٢) في هامش (خ): (قوله: إلا إذا صالح المكاتب... إلخ، أي: صالح المكاتب ولي المقتول بمال مؤجل في الذمة، كذا في «الحموي» و«أبي السعود». وتوقف بعض طلبتنا القدماء في قوله: مؤجل، فقال: هذا غير ظاهر ومنافٍ لقوله بعد ذلك: لأنه كفل بمال واجب للحال، انتهى).

(٣) في هامش (خ): (قوله: تأخرت... إلخ، أي: ليس لولي القتيل أن يطالب المكاتب حتى يعتق؛ لأنه التزم المال في الذمة عوضا عن الدم، فصح ذلك في حقه، لا في حق الولي. وإذا حصلت أكسابه بالحرية: يؤخذ به، انتهى، «أبو السعود»).

(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الكفالة والحوالة، فصل في الكفالة بالمال (٣/ ٦٧).

إنسانٌ، (فمات الكفيلُ: حلَّ) الدينُ (بموته عليه)، أي: على الكفيل، (فقط)، لا على الأصيل؛ لأن الأجل يسقُط بموت من له الأجلُ.

وتفرَّع عليه قولُه: (فللطالب أخذُه)، أي: المالَ، (من وارثِ الكفيل، ولا رجوعَ للوارث) على الأصيل (إن كانت الكفالةُ بالأمر، حتى يحِلَّ الأجلُ عندنا)، خلافًا لزفر، (كذا في «المجمع»[1])؛ لأن الأجل لما سقط بموت الكفيل: صار الدينُ حالًّا، فيرجع عليه، كما لو أدَّى وارثُه.

ولنا: أن الأجل حلَّ في حقِّ الكفيل لانتقاله من الذمة إلى الترِكة، وهي عينٌ، وأما الأصيل فالدين كما كان ولم ينتقِل إلى العين، فلا يسقُط حقُّه في الأجل بغير رضاه، كذا في «شرح المجمع»[2].

وقيَّد بموت الكفيل؛ لأنه لو مات الطالبُ قبل الأجل: حلَّ الأجلُ عليه، لا على الكفيل. وقيَّد بكون الكفالة بالأمر؛ لأنها بدونه تبرُّعٌ، فلا يرجع عليه بعد حلول الأجل أيضًا.

واعلم أن الدين المؤجَّل كما يحِلُّ على الكفيل بموته دون الأصيل، كذلك يحلُّ بموت الأصيل عليه دون الكفيل.

[فائدة: أداء الكفيل يُوجب براءةَ الكفيل والأصيل، إلا في مسألة]

(أداءُ الكفيلِ) المالَ للطالب (يوجب براءتَهما)، أي: الكفيل والأصيل، (للطالب)، أي: المكفولِ له، والظاهر تعلُّقه بالأداء، فكان الواجبُ تقديمَه[3]، (إلا

---

(١) «مجمع البحرين» مع «الشرح»، كتاب الكفالة، أثر موت الكفيل على الدين المؤجل (٦/ ١٧٩).

(٢) انظر: «شرح مجمع البحرين» (٦/ ١٧٩ ـ ١٨٠).

(٣) قوله: تقديمه، بأن يذكر قبل قوله: (يوجب براءتهما)، كما في هامش (خ).

إذا أحاله)، أي: الطالبَ، (الكفيلُ على مديونه[١]) فقبِل، (وشرط براءةَ نفسه خاصَّة)، فإنه يبرأ الكفيلُ، ولا يبرأ الأصيلُ، وللطالب أن يأخذ أيًّا شاء من الأصيل والمُحال عليه دون الكفيل، إلا أن يتوى المالُ، (كما في «الهداية»[٢]).

[ضابط: الغُرور المُجرَّد لا يُوجب الرجوع، إلا في مسائل]

(الغُرور) المجرَّد (لا يوجِب الرجوعَ) على الغارِّ، إلا إذا كان في ضمن عقدِ معاوَضة أو ضمان. (فلو قال) شخصٌ لآخر: (اسلُك هذا الطريقَ فإنه آمِنٌ، فسلَكه، فأخَذه اللُّصوص)، وفي «التنوير»: «فسلَك وأُخِذ ماله: لم يضمن»[٣]، (أو) قال له: (كُلْ هذا الطعامَ، فإنه ليس بمَسمُوم، فأكَله فمات: لا ضمانَ) في الصورتَين، وإن زاد في الأُولى: «فإن أُخِذ مالُكَ فأنا ضامن، فسلَكه فأُخِذ مالُه»: فإنه يضمن، كما في «التنوير»[٤].

قال في «شرحه»: «**والأصلُ: أن المغرور إنما يرجع على الغارِّ إذا حصل الغرورُ في ضِمنِ المُعاوَضة، أو ضمِنَ الغارُّ صفةَ السلامة نصًّا**، حتى لو قال الطحَّانُ لصاحب الحنطة: اجعل الحنطةَ في الدَّلْو[٥]، فذهب من ثُقْبه[٦] ما كان فيه إلى الماء، والطحَّانُ كان عالمًا: يضمن؛ لأنه صار غارًّا في ضمن العقد، بخلاف المسألة

---

(١) قوله: على مديونه، أي: مديون الكفيل. كذا في هامش (خ).

(٢) لم أجده في «الهداية».

(٣) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الكفالة (ص ٤٥٨).

(٤) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الكفالة (ص ٤٥٨).

(٥) في النسخ: (الدرورق). والمثبت من «الدرر».

(٦) في النسخ: (نقبه)، والمثبت من «درر الأحكام».

الأُولى؛ لأن ثمَّة ما ضمِنَ السلامة بحكم العقد، وههنا العقدُ يقتضي السلامة، كذا في «العمادية»»[١]، انتهى.

(و)كذا لا ضمانَ (لو أخبره رجلٌ أنها حرَّةٌ، فتزوَّجها، فإذا هي مملوكةٌ: فلا رجوعَ بقيمة الولد على المخبِر).

(إلا في ثلاث مسائل)، فإن الغرور فيها يوجب الرجوعَ:

[المسألة الأُولى: كَون الغرور بالشرط]

(الأُولى: إذا كان الغرورُ بالشرط، كما لو زوَّجه امرأةً على أنها حُرَّةٌ، ثم استُحِقَّت): يضمَن قيمةَ الولد، (فإنه يرجع على المُخبِر بما غُرَّ به للمستحِقِّ من قيمة الولد)؛ إذ الاستيلادُ مبنيٌّ على التزويج وشرطِ الحُرِّية، فكان الشارطُ صاحبَ علَّة، فنُزِّل كالقائل: أنا كفيلٌ بما لحِقَكَ بسبب هذا العقد، و[٢]يقال: ما لزِمه من الضمان إنما لزمه بالاستيلاد، والاستيلادُ حكمُ التزويج؛ لأنه يوضَع له، فكان المُزوِّجُ صاحبَ علَّة، فيُضاف الحكمُ إليه، بخلاف ما إذا أخبَره رجلٌ أنها حرةٌ، أو أخبَرَتْه هي، وتزوَّجها من غير شرطِ الحرية، حيث يكون الولدُ رقيقًا، ولا يرجع على المُخبِر بشيء؛ لأن الإخبار سببٌ محضٌ؛ لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة، وإنما نأخذ حكمَ العلَّة بالغرور، وذلك بأحدِ شيئَين: بالشرط أو المعاوَضة.

ولا يرجع على الواهب والمتصدِّق والموصِي بشيء من قيمة الأولاد، خلافًا للشافعي؛ لأن[٣] الغرور قد تحقَّق له بإيجابه الملكَ له فيها وإخبارِه أنها مملوكة،

---

(١) هـذه العبارة ليسـت فـي «الدر المختـار»، ولعله في «منـح الغفـار». وانظر «رد المحتـار على الدر المختار» (٥/ ٣٣٣).

(٢) كذا في النسخ، ولعل الصواب: (أو).

(٣) هذا تعليل الشافعي.

قلنا: مجرَّدُ الغرور لا يوجب الرجوعَ، بخلاف البيع، فإنه عقدُ معاوَضة يوجب السلامة أو الضمان على ما بيَّنَّا، وليس على المُحسِن من سبيل، وبخلاف التزويج، فإنه موضوعٌ للاستيلاد، فإذا لم يُسلَّم له: يرجع بذلك على من غرَّه، والمقصود بوضع الهبةِ إظهارُ الجُود والسماحة وحصولُ الملك، وهذا المقصود يحصل بدون الاستيلاد، انتهى.

[الثانية: كون الغرور في ضمن عقد مُعاوَضة]

(الثانية: أن يكون الغرورُ في ضمنِ عقدِ مُعاوَضة) من بيعٍ صحيح أو فاسد، بخلاف عقد التبرُّع، كالهبة والوصية، كما مرَّ، (فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد إذا استُحِقَّت بعد الاستيلاد).

ولو باعها المشتري من آخَر، فاستولدها الثاني، ثم استُحِقَّت: رجع المشتري على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد، ويرجع المشتري الأوَّلُ على البائع الأوَّلِ بالثمن دون القيمة. وقالا: يرجع بقيمة الولد أيضًا؛ لأن البائع الأوَّلَ ضمِن للثاني سلامةَ الولد في ضمنِ البيع، ولم يسلَم له حيث أُخِذ قيمةُ الولد، فيرجِع عليه به، كما في الثمن والردِّ بالعيب.

وله: أن البائع الأوَّلَ ضمن للمشتري سلامةَ أولادِه دون أولاد المشتري منه؛ لأن ضمان السلامة ثبت بالبيع، والبيعُ الثاني لا يضاف إليه، بل إلى البائع الثاني بمُباشَرته باختياره، فينقطع به سببُ الأوَّلِ، بخلاف الثمن؛ لأن البائع الأوَّل ضمِن للبائع الثاني سلامةَ المبيع، فلم يَسلَم له، فلا يسلم لبائعه الثاني، بخلاف الردِّ بالعيب؛ لأن المشتري الأوَّل استحقَّه سليما، ولم يوجد، كما في «المنح».

(ويرجع) المشتري على البائع (بقيمة البناء لو بنَى المشتري ثم استُحِقَّتْ الدارُ

بعد أن يُسلِّم البناءَ له)، متعلق[1] بـ«يرجع»، وتُعتَبر القيمةُ يومَ التسليم.

«فلو كلَّف المستحِقُّ المشتريَ هدمَ البناء، فقال: إن البائع غرَّني وهو غائبٌ، قال أبو حنيفة: لا يُلتَفت إلى قوله، بل يُؤمَر بالهدم، ويُدفع الدارُ إلى المستحِقِّ، فإن حضَر البائعُ بعد الهدم: لا يرجع المشتري على البائع بقيمة البناء، وإنما يرجع عليه بقيمة البناء إذا كان البناءُ قائمًا، فيُسلِّم المشتري البناء للبائع، فيَهدِمه البائعُ ويأخُذ النَّقضَ، وإذا هدَمه المشتري: لا شيء له على البائع. ولو هدم المشتري البعضَ وبقي البعضُ: كان للمشتري مؤاخَذةُ البائع بقيمةِ ما بقي من البناء قائمًا.

وإذا أراد المشتري نقضَ كلِّ البناء ليكون النقضُ له، ولا يَسلَم البناء للبائع: كان له ذلك، وهذا كلُّه قولُ الشيخَين، وهو ظاهرُ الرواية.

ورُوي عن محمد أن القاضي يبعَث من يُقوِّم البناء، ثم يقول للمشتري: انقُضْه واحفَظْ النقضَ، فإن ظفِرتَ بالبائع: سلِّمْ النقضَ إليه، ويُقضَى لك عليه بقيمة البناء. وذكر الطحاويُّ أن المشتري إذا نقض البناءَ وسلَّم النقضَ للبائع: يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء مبنِيًّا، وإن لم يُسلِّم النقضَ له: لا يرجع إلا بالثمن الأوَّل، وهذا أقربُ إلى النظر»، كذا في «الخانية»[2].

«ولو حفر بِئْرًا، أو نقَّى البالوعة، أو رمَّ من الدار شيئًا، ثم استُحِقَّت: لم يرجع بشيء على البائع؛ لأن الحكم يوجب الرجوعَ [بالقيمة، لا بالنفقة][3]، كما في مسألة الخرابة، حتى لو كتب في الصكِّ: فما أنفق المشتري فيها من نفقة أو رمَّ

---

(١) أي: الظرف وما بعده في قوله: بعد أن يسلم البناء له.

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب الخيار، فصل في خيار الرؤية (٢/ ١٩٢ ـ ١٩٣).

(٣) كذا في «الدر المختار». وفي (خ): (بالثمن، لا بالقيمة). ولعل الصواب ما في «الدر المختار».

فيها من مرمَّة فعلى البائع: يفسُد البيع. ولو حفر بئرًا وطوَاها: يرجع بقيمة الطيِّ، لا بقيمة الحفر، فإذا اشترطاه: فسد. وكذا لو حفَر ساقيةً وقنطَر عليها: رجَع بقيمة بناءِ القنطرة، لا بقيمة الحفر.

وبالجملة إنما يرجع، إذا بنَى فيها أو غرس، بقيمة ما يمكن نقضُه وتسليمُه إلى البائع، فلا يرجع بقيمة جصٍّ وطِين، وتمامُه في الفصل الخامس والعشرين من «الفصولين»[1]»، «درر مختار»[2].

(وإذا قال الأبُ لأهل السوق: بايِعُوا ابني، فقد أذِنتُ له في التجارة، فظهَر أنه ابنُ غيره: رجَعوا عليه للغرور، وكذا إذا قال) السيِّد: (بايعوا عبدي، فقد أذِنتُ له في التجارة، فبايَعُوه) بناءً على ذلك، (ولحِقَه دينٌ، ثم ظهر أنه عبدُ الغير: رجعوا عليه إن كان الأبُ حُرًّا[3]، وإلا فبعد العتق).

(وكذا الحكم) في الصورة الثانية (إذا ظهَر) السيِّدُ (حُرًّا، أو مدبَّرًا، أو مُكاتَبًا) للغارِّ أو لغيره.

(ولا بد في الرجوع عليه من إضافته إليه)، بأن يقول: ابني أو عبدي، (و)لا بد من (الأمر بمُبايَعته)، بأن يقول: بايِعُوه، (كذا في مأذون «السراج الوهاج»).

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل السادس عشر في الاستحقاق والغرور وما يتعلق به (١/ ١٥٧).

(٢) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب السلم (ص ٤٣٧).

(٣) في هامش (خ): (قوله: إن كان الأب حرا. وفي بعض النسخ: الآذن، أي: الذي صدر الإذن منه بقوله لأهل السوق في الصورة الأولى: بايعوا ابني فقد أذنت له. وإن لم يكن حرا: رجعوا عليه بعد العتق. وكذا لهم الرجوع على الآمر إذا ظهر العبد في الصورة الثانية حرا أو مدبرا أو مكاتبا، «أبو السعود»).

[الثالثة: كون الغرور في عقد يرجع نفعه إلى الدافع]

(الثالثة: أن يكون الغرورُ في عقد يرجع نفعُه إلى الدافع، كالوديعة والإجارة، حتى لو هلكت الوديعةُ أو العين المستأجَرةُ ثم استُحِقَّتْ، وضمِن المودَعُ والمستأجَر: فإنهما يرجعان على البائع بما ضمِناه)، يعني: لو أودَع شيئًا على أنه ملكُه، فهلكت الوديعةُ عند المودَع، ثم استُحِقَّتْ بعد الهلاك: فللمالك تضمينُ المودَع بوضعِ يده على ملكِه بغير إذنِه بمنزلةِ غاصب الغاصب، وللمودَع الرجوعُ بما ضمِن على المودِع؛ لأنه غرَّه بأن الوديعة ملكُه. وكذا لو آجر دابَّتَه مثلا على أنها ملكُه، فهلكت عند المستأجِر، ثم استُحِقَّت: يُضمِّن المستحِقُّ المستأجِرَ، ثم له الرجوعُ على الموجِر للغرور.

(وكذا مَن كان بمعناهما) من ربِّ المال في المُضاربة وأحدِ الشريكَين في الشركة.

(وفي العارية والهبة: لا رجوعَ)، فلو هلكت العينُ المُستعارَة أو الموهوبة في يد المستعِير أو الموهوبِ له، ثم استُحِقَّتْ، وضمَّنهما المستحِقُّ: لم يرجعا بما ضمِناه على المعير أو الموهوب له؛ (لأن القبض)، أي: قبضَها، (كان لنفسه)؛ لأنه المنتفِع به دون المُعير أو الواهب، (وتمامُه في «الخانية» من فصل الغرور من البيوع[1]).

[مسائل مُهِمَّة متعلِّقة بالغرور من «القنية»]

(وقد ذكر في «القُنية» مسائلَ مهمَّة من هذا النوع)، أي: من الغرور.

(منها: لو جعَل المالكُ نفسَه دلَّالًا) لسلعةٍ، وقال فيها: أُعطيتُ بها كذا، (فاشتراه)، أي: إنسانٌ، ففيه حذفُ الفاعل، تأمَّلْ، (بناءً على قوله)، أي: المالكِ، (ثم ظهر أنه)،

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب الخيار، فصل في خيار الرؤية (٢/ ١٩٢).

أي: المبيع، (أزيدُ من قيمته، وقد أتلَف المشتري بعضَه)، أي: المبيع، (فإنه)، أي: المشتري، (يرُدُّ) على البائع (مثلَ ما أتلَفه، ويرجع بالثمن) جميعِه.

وهل يختص الردُّ بالمثليِّ، حتى لا يكون له ردُّ القيمي؟ قال في «الدر المختار»: «لم أرَه»[1]، وقال شيخُنا: «قياسُ مذهبِ أبي حنيفة الاختصاصُ بالمثلي، وقياسُ قول محمد شمولُه لهما؛ لما قالوه في باب التحالُف: لو باعه عبدَين صفقةً واحدة وقبضَهما، ثم مات أحدُهما، واختلفا في قدر الثمن: لم يتحالَفا عنده، والقولُ للمشتري، وعند محمد: يتحالفان، ويرُدُّ قيمةَ الهالك يومَ القبض»، انتهى، تأمل.

(ومنها: إذا غرَّ البائعُ المشتري، وقال له: قيمةُ متاعي كذا، فاشتراه بناءً على قوله، ثم ظهر فيه غبنٌ) فاحش: (فإنه يردُّه، وبه)، أي: بالرد، (يُفتَى) رِفقًا بالناس[2]، وعليه أكثرُ روايات المضارَبة، وفي ظاهر الرواية: لا يُرَدُّ بالغبن، وبه أفتى بعضُهم مطلقًا. ولو لم يقل له: قيمةُ متاعي كذا... إلخ: فليس له الردُّ، **وبه يفتى**.

فالحاصل: أن الأقوالَ ثلاثةٌ، **والمُفتَى به** أنه إذا غرَّه وقال له: قيمة متاعي كذا، فإنه يرُدُّه، وبه أفتى صدر الإسلام، وجزم به صاحب «التحفة»، وصحَّحه الزيلعي وغيرُه.

(و)كذا يُفتَى بالردِّ (إذا غرَّ المشتريَ البائعُ)، وقال له: اشترِ بكذا فإنه قيمتُه[3]،

---

(١) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب المرابحة والتولية (ص ٤٢٦).

(٢) في هامش (خ): (تقدم متنا وشرحا في القاعدة الرابعة: «المشقة تجلب التيسير»، فراجعه). أقول: مراده قول الماتن هناك: «ومن ذلك: أفتى المتأخرون بالرد لخيار الغبن الفاحش... إلخ».

(٣) في هامش (خ): (قوله: وقال له: اشتر بكذا فإنه قيمته. هذا خطأ فاحش، وعبارة «أبي السعود»: قوله: وكذا لو أَغرَّ المشتري البائعَ، أي: يكون للبائع استرداد المبيع بحكم الغبن. وانظر حكم ما إذا لم يعلم البائع بالغبن إلا بعد أن استهلك المشتري بعضه، والظاهر أنه يسترد ما بقي ومثل ما أتلفه، كما سبق في عكسه، وهو إذا غر البائعُ المشتري، انتهى).

فاشتراه بناءً على قوله، ثم هلك بعضُه، ثم علم بالغَبْن: فإنه لا يمنع الردَّ، (ويرُدُّه المشتري بغرور الدلال).

(وبما قرَّرناه) من أن الغرور يوجب الرجوع بثلاثة أمور، (ظهر أن قول الزيلعي في بابِ ثبوت النسب أن الغرور يثبت بأحدِ أمرَين: بالشرط أو بالمعاوَضة[١]، قاصرٌ) عن ذكر النوع الثالث، وهو ما إذا كان في عقدٍ يرجِع نفعُه إلى الدافع.

(وتفرَّع على الشرط الثاني)، وهو كون الغرور في ضمن عقدِ المعاوضة، مسألتان، ذُكِرتا في) باب (متفرِّقات بيوع «الكنز»[٢]):

«قال عبدٌ لشخصٍ يريد شراءَه: (اشترِني فأنا عبدٌ) لزَيدٍ، فاشتراه معتمِدًا مقالته، فإذا هو حرٌّ، أي: ظهَر أنه حر، بأنْ ادَّعاها وأقام بيِّنةً، فإن كان البائعُ حاضرًا أو غائبا غَيبةً معروفةً يُعرَف مكانُه: فلا شيءَ على العبد لوجود القابض، وإلا رجَع المشتري على العبد بالثمن، ويرجع العبدُ على البائع متى ظفِر به، خلافًا للثاني. ولو قال له: اشترِني، فقط، أو أنا عبدٌ، فقط، لا رجوعَ عليه اتفاقا، «درر»[٣]».

لكن في «العتَّابية»: «عبدٌ قال لرجل: اشترِني فأنا عبدٌ، أو لم يقُلْ ذلك ولكن أقرَّ لرجل بالرِّقِّ، أو كان ساكتًا، فاشتراه وغاب البائعُ، ثم أقام بيِّنةً بأنه حرٌّ: قُبِل، ويرجِع المشتري عليه بالثمن، ثم يرجِع هو على البائع إذا حضر»، انتهى، فتأمل.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى النسب (٤/ ٣٣٦).

(٢) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (ص ٤٣٤).

(٣) انظر: «درر الحكام»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (٢/ ١٩٢)، والعبارة المذكورة بنصها في «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (ص ٤٣٥).

وهذا بخلاف ما «لو قال لأجنبيٍّ: اشترِه، فإذا هو حرٌّ، لا يرجع على الأجنبيِّ بحال»، كما في «الفصولين»[1].

ولو قال: (ارْتَهِنِّي فأنا عبدٌ)، ثم ادَّعى الحريةَ وأثبَتها: لا يرجع عليه بشيء أصلا، سواء كان المرتهِنُ غائبًا أو حاضرًا. **والأصلُ أن التغرير يوجب الضمانَ إذا كان في ضمنِ عقدِ معاوَضة**، لا لو كان في ضمنِ عقدِ وثيقة، والرهنُ من قبيل الثاني والشراء من قبيل الأوَّل.

فظهر أن تفريع هاتَين المسألتَين، الأُولى على الشرط الأوَّل بالمنطوق، والثانية على الثاني بالمفهوم. وقد مرَّ أن **التناقُض لا يمنع دعوى الحُرِّيةِ مطلقًا**، وأن دعوى العبد ذلك شرطٌ، فلو ادَّعاها أجنبيٌّ: لا يعتبر، كما في «شرح العلامة المقدسي» على «نظم الكنز».

[فائدة: لا يلزم أحدًا إحضارُ أحدٍ إلى القاضي أو غيره، إلا في مسائل]

(لا يلزم أحدًا إحضارُ أحدٍ) إلى مجلس القاضي أو غيرِه، (فلا يلزَم الزوجَ إحضارُ زوجته إلى مجلس القاضي لسَماع دعوى عليها)؛ إذ لا خصومةَ عليه، (و) كذا (لا يمنعها منه)، أي: من حضور مجلس القاضي للدعوى عليها أو لها، (إلا في مسائل)، فإنه يلزم فيها إحضار أحدٍ أحدًا:

[المسألة الأُولى: الكفيل بالنفس عند القدرة]

الأُولى: (الكفيلُ بالنفس)، فإنه يُلزَم بإحضار المكفول عنه (عند القدرة) على إحضاره، فإنْ عيَّن وقتَ تسليمِه: لزمه إحضارُه فيه إنْ طلَبه المكفولُ له، فإن سلَّمه:

---

(١) «جامع الفصولين»، أواخر الفصل السادس عشر في الاستحقاق والغرور (١/ ١٦٢).

برِئ، وإن غاب المكفولُ به إلى بلدةٍ: أمهَله مُدَّةَ ذهابه وإيابه، ولو لدار الحرب، «عيني»[١] و«ابن ملك».

وإن مضَتْ المدةُ ولم يُحضِرْه: حبَسه، هذا إنْ علِم مكانه، «وإن لم يعلم: لا يُكلَّف إليه؛ لأنه عاجز، كالموت، إن ثبت ذلك بتصديق الطالب أو ببيِّنةٍ أقامها الكفيلُ»، كما في «البحر»[٢]. قال: «وحيلةُ دفعه أن يدعيَ الكفيلُ عليه أن خصمَك غائبٌ غيبةً لا تُدرَى، فبيِّنْ لي موضِعَه، فإن بَرْهَن على ذلك: تندفِع عنه الخصومة، ولو اختلفا في الخصومة، فإنْ له خرجةٌ معلومة: أُمِر الكفيلُ بالذهاب إليه، وإلا حُلِّف أنه ما يدري موضِعَه»[٣].

«ثم إنه في كل موضِعٍ قلنا بذهابه إليه للطالبِ أن يستوثِقَ بكفيلٍ من الكفيل لئلا يَغِيبَ الآخَرُ»، كما في «الدر المختار»[٤].

[الثانية: الأب إذا أمَر أجنبيًّا بضمانِ ابنه، فطلَبه الضامنُ منه]

(و)المسألة الثانية: يلزم بالإحضار (**في الأبِ إذا أمَر أجنبيًّا بضمان ابنِه**[٥]، **فطلَبه الضامنُ منه: فعلى الأب إحضارُه لكونه في تدبيره، كما في «جامع الفصولين»**[٦]).

وظاهره: أن الأب لا يلزمه إحضارُ ابنه إلا في هذه الصورة، مع أنه في «فصول العمادي» أن الأب يُطالَب بإحضار ولده الصغير إذا تغيَّب، أعمُّ من هذه الصورة،

---

(١) انظر: «رمز الحقائق»، كتاب الكفالة (٢/ ٦٩).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الكفالة (٦/ ٢٢٨).

(٣) انظر: «البحر الرائق» (٦/ ٢٢٨).

(٤) «الدر المختار»، كتاب الكفالة (ص ٤٥٢).

(٥) في هامش (خ): (قوله: بضمان ابنه، أي: الصغير، بقرينة قوله: لكونه في تدبيره، تأمل).

(٦) «جامع الفصولين»، الفصل الرابع والثلاثون في الأحكامات (٢/ ١٥٠).

قال في «الزواهر»: ولعلَّه يتوجَّه الطلبُ على الأب بإحضار ولده الصغير إذا أذِن له بالتجارة، فركِبَتْه الدُّيون، فإنه يؤمَر بإحضاره نظرًا لحقِّ الغُرماء، تأمل.

[الثالثة: لربِّ الدَّين مُطالبة سجَّان القاضي بإحضار مديونه إذا خلَّى عنه]

(الثالثة: سَجَّانُ القاضي إذا خلَّى رجلا من المحبوسين حبَسه القاضي بدَينٍ عليه: فلرِبِّ الدين أن يُطالِب السَّجَّانَ بإحضاره، كما) ذكره (في «القنية»)؛ لكونه في يده.

[الرابعة: للزوج مطالبةُ الأبِ إحضارَ ابنته عند الدعوى]

(الرابعة: ادَّعى الأبُ مهرَ ابنته) طالبًا له (من الزوج[1]، فادَّعى الزوجُ أنه دخل بها)، ودفَع المهر إليها، (وطلب) الزوجُ (منه)، أي: من الأب، (إحضارَها) ليُثبِتَ ما دفعه إليها، فإن كانت البنتُ غيرَ مُخدَّرة، أي: تخرُج في حوائجها: أمَر القاضي بإحضارها، (و)كذا يؤمَر بإحضارها (لو ادَّعى الزوجُ عليها شيئًا آخَر) غيرَ المهر، (وإلا)، بأن كانت مُخدَّرة لا تخرج في حوائجها: (أرسل) القاضي (إليها أمينًا من أُمنائه[2])، فيُثبِت ما ادَّعاه عليها.

«ولو اختُلِف في كونها مخدرة، إنْ من بنات الأشراف: فالقولُ لها مطلقًا، وإن

---

(١) قوله: من الزوج. الأوضح: على الزوج، كذا في هامش (خ).

(٢) أي: ويدخل عليها الأب برجلين عدلين ممن يعرفها يحضران مع الأمين والزوج، فيسألها الأمين عن دعوى الزوج، فإن أقرت: شهد الشاهدان بذلك. وكذلك في كل دعوى على امرأة لا تخرج في حوائجها فالقاضي يبعث أمينا مع المدعي وشاهدين عدلين ممن يعرفها، فإن أقرت: شهد عليها الشاهدان، وإن أنكرت وسأل المدعي من القاضي أن يحلفها: حلفها أمين القاضي؛ لحصول المقصود مع دفع الضرر عنها. كذا في «الولوالجية»، كتاب الدعوى، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى (٤/ ٧٣).

من الأوساط: فالقولُ لها لو بِكرًا، وإن من الأسافل: لا في الوجهَين»، كما في «الدر المنتقى»[(١)].

(ذكره في «الولوالجية» من القضاء[(٢)]).

[ضابط: من قام عن غيره بواجبٍ بأمرِه يرجع عليه بما دفع]

(من قام عن غيره بواجبٍ) فإنْ بغير أمره: لا يرجع، وإنْ بأمرِه، وهو أهلٌ للأمر: (يرجِع عليه بما دفع) إن أدَّى ما[(٣)] ضمنه، وإلا فبما ضمن، وإن أدَّى أَرْدأَ[(٤)]؛ لملكِه الدَّينَ بالأداء[(٥)]، فكان كالطالب، وكما لو ملَكه بهبةٍ أو إرث، «عيني»، (وإنْ)، وصلية، (لم يشترِطْ) الرجوعَ عند الأمر، (كالأمرِ بالإنفاق عليه)، بأن قال له: أنفِقْ

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوكالة (٣/ ٣٠٩ ـ ٣١٠).

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى (٤/ ٧٣).

(٣) في النسخ: (بما)، وحذف الباء أولى، كما ذكره الناسخ في هامش (خ).

(٤) في هامش (خ): (قوله: وإن أدى أردأ. (إن) وصلية، أي: إن لم يؤد ما ضمنه لا يرجع بما دفع، بل بما ضمن، كما إذا ضمن بالجيد فأدى الأردأ، أو بالعكس، انتهى).

(٥) في هامش (خ): (قوله: لملكه الدين بالأداء... إلخ. أي: يرجع بما ضمن لا بما دفع؛ لأن رجوعه بحكم الكفالة، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء، فيصير كالطالب نفسه، فيرجع بنفس الدين، فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث، بأن مات الطالب والكفيل وارثه، فإنما له عينه، وكذا إذا وهب الدين للكفيل، فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه، وصحت الهبة، مع أن هبة الدين لا تصح إلى ممن عليه الدين، وليس الدين على الكفيل على المختار؛ لأن الواهب إذا أذن للموهوب له بقبض الدين: جاز استحسانا، وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء، وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين، فإنه يرجع بما أدى؛ لأنه لم يملك الدين بالأداء، وتمامه في «الفتح»، كذا في «حاشية الدر». إذا علمت ذلك: تعلم بطلان ما قاله الشارح، فإن كلام المصنف في المأمور بقضاء الدين، وما ذكره هذا الشارح في الكفيل، وعلمت الفرق بينهما، فتنبه).

عليه، (وبقضاء دَينه)، بأن قال له: اقضِ زيدًا ما له عليه من الدَّين، فأنفَق عليه أو قضاه، فإنه يرجع عليه مطلقًا، سواء اشترَط الرجوعَ أو لا، كالوكيل بالشراء، فإنه يرجع على الموكِّل وإن لم يشترط الرجوع، كما[١] لو قال: تكفَّلْ عنِّي.

«ولا بد من لفظة «عني» أو ما يقوم مقامها، «كتضمَّنْ عنِّي» أو «على أن ذلك عليَّ»، فلو قال: اضمَنْ الألفَ التي لفلان عليَّ، لم يرجع[٢]؛ لجواز أن يكون القصدُ ليرجِعَ، أو لطلب التبرُّع، فلا يلزم المالُ. وهذا في غير الخليط. وأما الخليط، فيرجع إجماعًا وإن لم يقُلْ: عنِّي، أو على أن ذلك عليَّ. والخليطُ: هو الذي يعتاد الرجلُ مُدايَنتَه، والأخذَ معه، ووضعَ الدراهم عنده، والاستجرارَ منه»، «فتح»[٣].

[مسائل مستثناة من الضابط السابق]

(إلا في مسائل)، فإنه لا يرجع فيها ما لم يشترط الرجوع:

(لو أمَره بالتعويض عن هبته)، أي: المشروطِ فيها العوضُ ليصِحَّ الاستثناءُ من القيام بواجبِ غيرِه، (أو) أمَره (بالإطعام عن كفَّارته)، أو بأن يُحِجَّ عنه رجلا ويُعتِق عن ظهاره عبدًا، (أو بأداءِ زكاةِ ماله، أو بأن يهَبَ[٤] فلانا عنِّي ألفًا)، أو يتصدَّقَ عليه،

---

(١) في النسخ: (لذا)، ولعل الصواب ما أثبت.

(٢) لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء، فجاز... إلخ.

(٣) «فتح القدير»، كتاب الكفالة (٧/ ١٨٩).

(٤) في هامش (خ): (قوله: أو بأن يهب. صورة الهبة أن يقول له: هب لفلان عني ألفا، ففعل المأمور: كانت عن الآمر، ولا رجوع للمأمور عليه، ولا على القابض، وللآمر الرجوع فيها، والدافع متطوع، كذا نقله أبو السعود عن بعض الأفاضل. قال أبو السعود: ولم يذكر وجه عدم الرجوع على الآمر لظهوره، وهو أنه وإن قام عنه بأمره لكنه لما لم يكن ذلك واجبا على الآمر: لم يكن مطلق الأمر موجبا للرجوع ما لم يقل: على أني ضامن، انتهى).

(أو) قال له: (أَصْلِحْه عنِّي) بألف مثلا: فإنه لا يرجع في هذه المسائل إلا بشرطِ الرجوع، وإن كان واجبًا على الآمر؛ لأنه لو رجع لرجع بأكثرَ مما أسقَط عن الآمر؛ ألا ترى أن الوجوب من أحكام الآخرة دون الدنيا، فلو ثبت الرجوعُ بمطلق الأمر لرجع بحقٍّ مضمونٍ في الدنيا والآخرة، وفي الهبة والصدقة لعدم الوجوب عليه، فلو دفع: يقع عن الآمر، ورجع في الهبة إن أراد.

(وأصلُه)، أي: الضابطُ لما يرجِع فيه بالشرط وما لا يرجع فيه بدونه، (في وكالة «البزازية»[1]) هو: في (كل موضعٍ يملِك المدفوعُ إليه المالَ المدفوعَ إليه مقابَلا بملكِ مالٍ: فإن المأمورَ يرجع بلا شرطٍ، وإلا)، بأن كان يملِك المدفوعُ إليه المالَ لا في مقابَلة ملكِ مالٍ، (لا[2]) يرجع إلا بالشرط، لكن لا يظهر هذا في مسألة الإنفاق؛ إذ ليس له عليه مالٌ، إلا أن يقال[3]:.............................

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الثالث فيها بقبض الدين، نوع في المأمور بدفع المال لقضاء الدين (٥/ ٤٧١ ـ ٤٧٢).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وإلا فلا، أي: وإن لم يملك المدفوع إليه المال مقابلا بملك، بل ملكه من غير مقابل، لم يرجع بلا شرط؛ لأن الدافع في هذه الصورة لا يملك المدفوع من الآمر، ولا في ضمن التمليك من المدفوع إليه حتى يقع التعويض والكفارة والزكاة عنه، بل يكون متبرعا، فلا يرجع بلا شرط الضمان. فأما إذا ملكه المدفوع له مقابلا بالملك، فيرجع عليه المأمور؛ لأنه بدل الملك، يجب على من يجب له الملك، ذكره بعض الأفاضل، كذا في «أبي السعود»).

(٣) في هامش (خ): (قوله: إلا أن يقال:... إلخ. الحاصل أن قول المصنف: في كل موضع يملك المدفوع إليه المال المدفوع... إلخ، يظهر في مسألة الأمر بقضاء الدين عنه، بخلاف مسألة الأمر بالإنفاق عليه؛ إذ لا يملك الآمر المدفوع إليه في مقابلة؛ لأنه لا شيء له على المنفق كما ترى، اللهم إلا أن يقال: لما لزمه مثل ما وصل إليه، وصار دينا عليه: كان ما وصل إليه في مقابلة ذلك المترتب بالشرط، لكن لا يظهر هذا في مسألة الإنفاق؛ إذ ليس له في ذمته، وهو ماله، وحاصله أنه يعتبر =

لما لزِمه مثلُ ما وصَل إليه كان في مقابلة ما في ذمَّتِه، تأمل.

(وذكر له أصلا في «السِّراج الوهَّاج») من الوكالة، (فليُراجَعْ). قال في «الظهيرية»: «**والأصلُ في جنس هذه المسائل أن كلَّ ما يُطالَب به الإنسانُ بالحبس والملازَمة: يكون الأمرُ بأدائه سببًا للرجوع من غير شرطِ الضمان، وكلُّ ما لا يُطالَب به بالحبس والملازمة: لا يكون الأمرُ بأدائه سببًا للرجوع إلا بشرط الضمان**»، انتهى. قال في «البحر»: «لكن يخرُج عنه: الأمرُ بالإنفاق على البناء، والأمرُ بشراء الأسِير، فليُتأمَّل»[1].

[حيلة: في كفالةٍ لا تلزَم]

(الكفيل بالنفس مطالَبٌ بتسليم الأصيلِ إلى الطالِب مع قدرته)، تقدَّم فائدة هذا القيد، (إلا إذا كفَل بنفسِ فلان إلى شهرٍ، على أن يبرَأَ بعده: لم يصِرْ كفيلا) أصلا (في ظاهر الرواية[2]، وهي الحِيلة في كفالة لا تلزَم، كما في «جامع الفصولين»[3])؛ لأنه إنما يطالَب به في ظاهر الرواية بعد مُضِيِّ شهر، ولا يطالَب به في الحال، وهو **الصحيحُ المُفتَى به**، كما في «الخانية»[4]، وبعد مُضيِّ الشهر قد شرط البراءة من الكفالة. وقال أبو يوسف: يطالَب به في الأجل، فإذا مضى الأجلُ: يبرَأ الكفيل، وهو

= المقابل به أعم من أن يكون سابقا أو لاحقا، اهـ. ولا يخفى أن صواب العبارة: لأنه لا شيء للمنفق عليه، كما يرشد إليه قوله: اللهم إلا أن يقال: لما لزمه مثل ما وصل إليه... إلخ. «حموي»).

(١) «البحر الرائق»، كتاب الهبة، باب الرجوع في الهبة (٧/ ٢٩٣).

(٢) محمول على ما إذا لم يوجد عرف، فإن وجد عرف وجب اتباعه، فلا ينافي ما قاله أبو علي النسفي الآتي قريبًا. كذا في هامش (خ).

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها (٢/ ٥٥).

(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان»، بداية كتاب الكفالة والحوالة (٣/ ٥٣ ـ ٥٤).

قول الحسن بن زياد. وكان أبو عليٍّ النسفيُّ يقول: قولُ أبي يوسف أشبَهُ بعُرفنا. ولو قال: كفلت بنفس فلان شهرًا، يصير كفيلا أبدًا، قبل الشهر وبعده.

وفي «الخانية»: «أنا كفيلٌ إلى شهر، يصير كفيلا بعد الشهر، إلا أنه لو سلَّم نفسَه: برِئ عن الكفالة؛ لأنه سلَّم بعد السبب»(١)، انتهى.

وفي «البزازية»: «كفل بنفسه إلى شهرٍ على أنه بريءٌ إذا مضَى الشهر، قال الفقيه أبو الليث: **الفتوى** على أنه لا يصير كفيلا، وفي «الواقعات»: **الفتوى** على أنه يصير كفيلا. كَفَل إلى شهرٍ: طالَبَ بعد شهر، ويبطُل ما قاله البعض من أنه كفيلٌ في الحال مؤجَّلا إلى شهر، دلَّ عليه ما ذكره عِصام أنه لو قال: أنت طالقٌ إلى شهر، يقع بعد الأجل، إلا أن ينوِيَ الوقوعَ في الحال، دلَّ على أنه لا يصير كفيلا في الحال، **وبه يفتى**، بخلاف الأمر باليد إلى شهر، حيث يصير أمرُها بيدها في الحال إلى شهر؛ لأن الطلاق لا يحتمل التأقيت، والأمرُ يحتمله، وكذلك الكفالة تحتمل التأقيت، ولا يفتي بقوله: إنه كفيل بعد شهر، أنه ليس كفيلا في الحال؛ ألا ترى أن الكفيل لو سلَّم للحال: يجب على الطالب القبول، ولو لم يصِرْ كفيلا إلا بعد شهر لما أُجبِر في الحال، لكن ذكرُ الشهر تأجيلُ الكفالة، حتى لا يُطالَب للحال ويُطالَب بعد الأجل»(٢)، انتهى.

قال في «المنح»: «وإذا علمت اختلافَ الترجيح: فليكُنْ **المُعتمَدُ** عليه ظاهرَ الرواية(٣)»، انتهى.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، فصل في دعوى المنقول (٢/ ٣٧٩).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكفالة، الفصل الأول في المقدمة، نوع في ألفاظه (٦/ ٤ ـ ٥).

(٣) في هامش (خ): (قوله: فليكن المعتمد عليه ظاهر الرواية. يجب حمل ظاهر الرواية على ما إذا لم يوجد عرف ولا قرينة؛ إذ لا وجه للحكم على المتعاقدين بما لم يقصداه، فلا وجه لكلام «المنح»، وراجع «حاشية الدر»).

[فائدة: إبراء الأصيل يوجب إبراءَ الكفيل، إلا كفيل النفس]

(إبراءُ الأصيل يوجب إبراءَ الكفيل، إلا كفيلَ النفس؛ لما في «جامع الفصولين»):

(كفَل) رجلٌ (بنفسه)، أي: فلانا، (فأقرَّ طالبُه أن لا حقَّ له على المطلوب، فله)، أي: للطالب، (أخذُ كفيلِه[١])، أي: المطلوب، (بنفسِه[٢]، انتهى). وهكذا في «البزازية»، وفائدةُ هذه الكفالة تظهَر من قوله: (إلا إذا قال) الطالب: (لا حقَّ لي قِبَله، ولا لمُوكِّلي، ولا أنا وصيُّه، ولا لوقفٍ أنا مُتولِّيه، فحينئذ يَبْرَأ الكفيل، وهو ظاهر).

(وفي آخر وكالة «البدائع»: ضمانُ الغُرور)ـ الذي تقدَّم ـ (في الحقيقة هو ضمان الكفالة[٣])، أي: كضمانها، «لا كضمان الإتلاف، وهذا هو المراد»، «حموي»[٤].

وفي «شرح الكنز» للمقدسي: «إن التعزير سببٌ للضمان؛ لأنه بتعزيره كأنَّه ضامنٌ لدرَكِ الثمن عليه عند تعذُّر رجوعِه على بائعه، وضمان الدَّرَك: هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع»، انتهى.

[فائدة: للكفيل منعُ الأصيل من السفر إن كانت كفالتُه حالَّةً]

(للكفيل منعُ الأصيل من السفر إن كانت كفالتُه حالَّةً ليُخلِّصه منها، إما بالإداء أو الإبراء)، فإن في الإبراء تخليصًا له وإن لم يكن بصُنعه.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: أخذ كفيله، أي: مؤاخذته بموجب الكفالة. فإن قيل: أي فائدة في مؤاخذة الكفيل إذا كان المكفول له مقرا بأنه لا حق له على المطلوب؟ وأجيب بأن له فائدة؛ لأنه يحتمل أن يكون الحق ليتيم أو لوقف هو متوليه، كما يشير إليه قوله: إلا إذا قال... إلخ. وقد أشار الشارح بقوله: وفائدة... إلخ، فتأمل في هذه العبارات، ورحم الله قائليها وعفا عنا وعنهم).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها (٢/ ٥٥).

(٣) «بدائع الصنائع»، آخر كتاب الوكالة (٦/ ٣٩).

(٤) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٣٠٢).

ويُفهم منه: أن للكفيل ملازمةَ الأصيل في الحالّة، وإن لم يُلازِمه الطالبُ.

وقيَّد بالحالَّة؛ لأنه ليس له منعُه قبل حُلول الدَّين، ولكن يُسافر معه.

واستحسن أبو يوسف أخذَ كفيلٍ شهرًا لامرأةٍ طلبت كفيلا بالنفقة لسفر الزوج، **وعليه الفتوى**. وقاس عليه في «المحيط» بقيَّة الدُّيون، ولكنَّه قياسٌ مع الفارق، كما في «شرح الوهبانية» للشرنبلالي.

لكن في «الخلاصة» عن «المنتقى»: «لو قال ربُّ الدَّين للقاضي: مديوني فلان يريد أن يَغِيب عنِّي، طالَبه بالكفيل، ولو الدَّينُ مؤجَّلا»[1]، واعتمده في «المحبية»، انتهى.

لو قال مديوني مراده السفر وأَجَّل الدَّينَ عليه ما استقرّْ

وطلب التكفيل قالوا يلزم عليه إعطاء كفيل يعلم

(وفي الكفيل بالنفس بردِّه)، أي: الكفيل الأصيل، **(إليه)**، أي: على الطالب، أي: يسافر معه ليَرُدُّه إليه، **(كما في)** «الفتاوى **(الصُّغرى)**»، **وينبغي أن يُقيَّد)** ما في «الصغرى» **(بما إذا كانت)** الكفالةُ بالنفس أو المال **(بأمره)**، أي: الأصيل، وإلا لو كانت بغير أمره: فليس له منعُه من السفر؛ لأنه «لا مُطالَبة للكفيل عليه، إلا أن يجِدَه فيُسلِّمَه»، كما في «التاتارخانية»[2].

قيل: «هذا إذا ضمَّنه بغير أمره: لا يأثَم بالهرَب منه، بخلاف ما إذا كان بأمره، وصريحُ كلامه أن هذا القيد ليس موجودًا في «الصغرى»، وليس كذلك، قال فيها: «ومن ضمِن عن رجل مالًا بأمره أو نفسه، فأراد الخصمُ أن يخرُج ومنَعه الكفيلُ،

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الكفالة، الفصل الخامس في تكفيل القاضي المدعى عليه (٤/ ١٧٠).

(٢) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الكفالة، الفصل الرابع في الكفالة بالنفس (١٠/ ١٠٧).

قال محمد: إن كان ضمانه إلى أجلٍ فلا سبيلَ له عليه، وإن لم يكن له أجلٌ: فله أن يمنعَه حتى يُخلِّصه إما بالأداء أو الإبراء، وفي كفالة النفس بردِّ النفس»، انتهى»، كذا في «الحموية»[١].

ولا يخفى أن هذه العبارة إنما تُقيِّد المُقيَّدَ في كفالة المال، لا في النفس، وهو مرادُ المصنِّف. نعم؛ لو أخَّر «بأمره» عن قوله: «بنفسه»، لكان الكلامُ تامًّا.

[فائدة: لا تصحُّ الكفالةُ إلا بدَين صحيح]

(لا تصحُّ الكفالةُ) بالمال (إلا بدَين صحيح)، «ولو مجهولا»، «تنوير»[٢]. (وهو)، أي: الدَّين الصحيح، (ما لا يسقُط إلا بالأداء أو الإبراء)، كثمن مبيعٍ، وبدلِ قرض. والمرادُ بما لا يسقُط إلا بالأداء أو الإبراء: ولو حُكمًا، كدَينِ المهر، لسُقوطه بمُطاوَعتها لابنِ زوجِها للإبراء الحكمي.

(فلا تصحُّ) الكفالةُ (بغيره)، أي: الدَّين الصحيح، (كبدَلِ الكتابة)، حُرًّا كفَل بها أو عبدًا، (لسُقوطه بالتعجيز). لكن في «القهستاني» عن «النظم» أنها «تصحُّ ببدل الكتابة»[٣]. ومثلُ بدلِ الكتابة بدلُ السِّعاية عند الإمام؛ لأنه كالمُكاتَب عنده، مع أنه لا يسقُط بالتعجيز. وكذا لا تصحُّ بالأمانات، كالوديعة، والمُستعار، والمُستأجَر، ومالِ المُضاربة والشركة.

(قلتُ: إلا في مسألةٍ لم أرَ مَن أوضَحها)، فإنَّ فيها تصحُّ الكفالةُ، وإن لم تكن بدَينٍ، (قالوا: لو كفَل بالنفقة المُقدَّرة) غيرِ المُستدَانة (الماضية: صحَّت) الكفالةُ،

---

(١) «غمز العيون» (٢/ ٣٠٢ـ٣٠٣).

(٢) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الكفالة (ص ٤٥٣).

(٣) «جامع الرموز»، كتاب الكفالة (٢/ ٢٠٤).

(مع أنها)، أي: النفقة، (تسقُط بدونهما)، أي: الأداء أو الإبراء، فتسقُط (بموت أحدِهما)، أي: الزوجَين، أو طلاقه ولو رجعيًّا، لكن صحَّح في «البحر» عدمَ السقوط ولو بائنًا، قال: «وهو الأصحُّ»(١).

وهذا في النفقة الغير المستدانة بأمر القاضي، وأما فيها فلا إشكال؛ فإنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فيقيد بذلك إطلاقه. قال في «المنح»: «وكأنَّهم أخذوا في هذه المسألة التي لم يرَ مَن أوضحها بالاستحسان للحاجة إليه، لا بالقياس»، انتهى.

واستشكَل القهستاني دينَ الميِّت المُفلس، فإنه صحيحٌ، ولا تصحُّ الكفالةُ به، كما سيأتي، وإنه يسقُط بالموت، قال: «فالأحسنُ أن يُزاد في تعريف الدَّين الصحيح: أو بالموت»(٢)، انتهى.

وكذا تصحُّ الكفالةُ، وإن لم يكن بدَين صحيحٍ، (لو كفَل بنفقةِ شهرٍ مُستقبلٍ، وقد قرَّر) القاضي (لها كلَّ شهرٍ كذا)، أو كفَل بنفقة (يومٍ يأتي، وقد قرَّر لها كلَّ يوم كذا، كما صرَّحوا به: فإنها)، أي: الكفالة، (صحيحةٌ)، مع أنها تسقُط بزوال النكاح أو الموت قبل مُضِيِّ الشهرِ أو مجيءِ اليوم.

واستُشكِل بأن النفقة تجب يومًا فيومًا، وإنما تصير دَينًا بالمُضِيِّ، فكيف تصير النفقة دينًا حتى تصحَّ الكفالةُ بها؟ وأجاب شيخُنا بأن «ليس المرادُ من صحة الكفالة بها توجُّهَ الطلب على الكفيل بها للحال، بل بعد مُضِيِّ الشهر أو اليوم؛ لأنها بمُضِيِّه تصير دينًا»، انتهى.

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتب الطلاق، باب النفقة (٤/ ٢٠٦). وقد بحثه فيه، ورجح عدم السقوط، لكن لم يقل: «وهو الأصح».

(٢) «جامع الرموز»، كتاب الكفالة (٢/ ٢٠٤).

[فائدة: في أخذِ القاضي كفيلا من المُدَّعى عليه بنفسِه]

(القاضي يأخُذ)، أي: ينبغي له أن يأخُذ، (كفيلا من المُدَّعى عليه بنفسه)، متعلِّق بـ«كفيلا»، أي: وإن لم يطلُب المُدَّعي، (إذا بَرْهَن المُدَّعِي) على دعواه، (ولم تُزَكَّ شُهودُه، أو أقامَ) شاهدًا (واحدًا، أو ادَّعى وقال: شُهُودي حُضورٌ في المِصر). «ولو قال: لا بيِّنَةَ لي، أو شُهودي غُيَّبٌ، لا يكفل؛ لأن حقَّه في اليمين»، «حموي»[1].

وفي «الصغرى»: «إذا كان شهوده في المصر: فإنه يكفل إلى ثلاثة أيام أو إلى المجلس الثاني، لا فرقَ بين أن يكون المُدَّعى عليه معروفًا أو لا، حقيرًا أو لا، في ظاهر الرواية»، انتهى.

(ويأخذ المُدَّعي كفيلا من المدعى عليه بإحضار المدعى به)، إن كان منقولا، فإن أبى أن يُعطِيَه كفيلا بذلك الشيءِ، أو وكيلا بالخصومة: فله أن لا يَقبَل ما لم يُعطِه كفيلا بنفس ذلك الشيء، بخلاف ما إذا كان المُدَّعى به عَقارًا، وإن كان دينًا فقال: (ولا يُجبَر المُدَّعى عليه على إعطاء كفيلٍ بالمال)، أي: إذا كان المُدَّعى به مالا.

(ويُستثنى من طلب) القاضي من (المُدَّعى عليه كفيلا بنفسِه: ما إذا كان المُدَّعى عليه وصيًّا أو وكيلا، ولم يُثبِت المُدَّعي الوصايةَ والوكالةَ)، بأن ادَّعى رجلٌ على آخر دينًا على ميِّت أو مُوكِّل، ولم يُثبِت الوكالةَ أو الوصايةَ عند القاضي: لا يأخذ كفيلا منه؛ لأنه لم يصِرْ خَصْمًا. ولو أثبتهما المُدَّعي، وأراد إثباتَ الدَّين على المُدَّعى عليه للميِّت أو الغائب، وطلب منه كفيلا لإحضار بيِّنتِه: يُجاب إلى ذلك؛ لأنه خصمٌ.

(وهما)، أي: المُستثنى والمستثنى منه، (في «أدب القضاء») للخصَّاف.

---

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٣٠٤).

(و)يُستثنى أيضًا (ما إذا ادَّعى المولى على مُكاتَبه بدلَ الكتابةِ، أو دينًا غيرَها عليه)، وطلب منه كفيلا: فإنه لا يكفل؛ لأن بدل الكتابة ليس بدين صحيح، فلا تجوز الكفالةُ به.

(و)يُستثنى أيضًا (ما إذا ادَّعى العبدُ المأذونُ الغيرُ المديونِ على مولاه دينًا)، وطلب منه كفيلا به: فإنه لا يكفل؛ لأن المال للمولى، (بخلاف ما إذا ادعى المُكاتَب على مولاه) دينًا، (أو) ادَّعى (المأذونُ المديونُ) على مولاه دينًا، وطلب منه كفيلا، (فإنه يكفل، كذا في «كافي» الحاكم)؛ لأن المأذون المديون لا يملِك المولى ما معه عند إحاطة الدَّين بماله ورقَبته، كما في «التنوير»[1]، والمكاتبُ حُرٌّ يدًا، وهو أحقُّ بمَكاسِبه.

والله سبحانه أعلم.

ثم إنه لم يذكُر المُصنِّف شيئًا من مسائل الحوالة، ولعلَّه بيَّض لها، وما ساعَده العُمرُ، فإن هذا الكتاب لم يُكمِلْه مُصنِّفُه، ولم يُحرِّره.

***

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب المأذون (ص ٦١٠).

(كتاب القضاء والشَّهادات والدَّعاوى)

ذكرها بعد البيوع؛ لأن أكثر المُنازَعات تقع فيها، فعقَّبها بما يقطعُها.

ولما كانت الشهاداتُ والدَّعاوى سببًا للقضاء: جمَعهما معه، وقدَّم القضاء لأنه المقصود الأعظم.

[تعريف القضاء وبيان أركانه]

بالمدِّ والقصر(١)، لغةً: الحكمُ، وشرعًا: قطعُ الخصومة، وهو فرضُ كفاية بالإجماع، وإن لم يصلُح له إلا واحدٌ تعيَّنَ، ولو غيرُه أصلح، أو خاف الحَيفَ: كُره، ولو غير أهلٍ أو علِم عجزَه: حرُم(٢).

---

(١) أي: لفظ القضاء.

(٢) في هامش (ع): (والشهادة: إخبار بحق للغير عن مشاهدة وعيان، فإطلاقها على الزور مجاز. ولا يمتنع من أدائها، ويفترض عليه بعد التحمل إذا طلبت منه إلا أن يقوم الحق بغيره، وأن يكون القاضي عدلا، وقرب مكانه لو علمه بقوله أو بكونه أسرع قبولا. وسترها في الحدود أفضل. والدعوى: إخبار بحق على غيره، وركنها: إضافة الحق لنفسها أو لمن ناب منابه. وأهلها: العاقل المخبر. وشرطها: مجلس القضاء، وحضور خصمه، ومعلوميته المدعي، وكونها ملزمة، وكون المدعى مما يحتمل الثبوت، فدعوى ما يستحيل وجوده باطل. وحكمها: وجوب الجواب على الخصم. وسببها: تعلق البقاء المقدور على المعاملات. ولا تصح إلا بذكر شيء علم جنسه وقدره، فإن كان دينا: ذكر أنه يطالبه به، وإن عينا نقليا ذكر أنها في يد المدعى عليه بغير حق وأنه يطالب بها، ولا بد من إحضارها إن أمكن يشير إليها عند الدعوى. وفي (كلمة مطموسة) لا يحتاج إلى قوله: بغير حق، وبقية الكلام مذكور في محله).

وأركانُه سِتَّةٌ على ما نظَمه ابنُ الغرس من البحر الكامل بقوله:

أطـــرافُ كـــلِّ قضيَّــة حُـكميَّـة ... سِـــتٌّ يــلُوح بعدهـــا التحقيــقُ
حكـــمٌ ومحكـــومٌ بـــه ولـــه ومحـ ... ـكـــومٌ علـــيه وحاكـــمٌ وطريــقُ

فيُشترط في صحة الحُكم: أن يكون بعد دعوى صحيحةٍ من خصم على خصم، وإلا فهو إفتاءٌ، كما ذكره العمادي، ونقل الشيخ قاسم الإجماعَ عليه.

وفي الحاكم: أن يكون عاقلا، بالغًا، مسلمًا، سميعًا، بصيرًا، ليس بأخرسَ، ولا محدودًا في قذفٍ، «وأن يكون مُولًّى للحُكم، لا لسماع الدعوى»، كما في «البحر»[(١)]، ولا تُشتَرط الذُّكُورة والاجتهادُ، **والأصحُّ** [جوازُ] تولية الأطروش[(٢)]، يعني: إذا لم يكن وقرا، كما في «المنح».

وفي المحكوم به: أن يكون معلومًا، وسيأتي.

وفي المحكوم عليه: حضورُه أو من يقوم مقامه، كوصيٍّ، ووكيل، وقيِّمِ وقفٍ، أو أحدِ الورثة، أو كونِ ما يدَّعي على الحاضر سببًا لما يدَّعي على الغائب، فالحكم بدون ذلك غيرُ تامٍّ.

وفي المحكوم له: تصحيحُ دعواه. وهل يُشترط في حقوق العباد طلبُه الحكمَ؟ في «الخلاصة»: «لا»[(٣)].

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٨١).

(٢) هو الذي يسمع ما قوي من الأصوات، والأصم بخلافه، وهو من لا يسمع ألبتة. انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، أهل القضاء (٦/ ٢٨٣).

(٣) كذا في «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٨١). والذي وجدته في «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام، جنس في المعاملة مع المدعي والمدعى عليه (٤/ ١٠): «وإن كان الدعوى في العقار: لا بد من ذكر الحدود...، ويعلم المدعى عليه أنه يريد =

وفي الطريق: أن يكون صحيحًا، كبيِّنةٍ، أو يمينٍ، أو نُكول، أو كتاب القاضي.

ولا يُشترط له المصر(١)، **وبه يُفتى**، ولا يُشترط كونُ المُتدَاعِيَين من بلد القضاء، إذا كانت في دَين أو عَقار **على الصحيح**»، كما في «الخلاصة»(٢).

وأما وصفُه، فواجبٌ إذا توفَّرت شروطُه وانتفَت الرِّيبةُ، ولذا حكم في «الفصولين» بأنه «يأثَم بتأخير الحكم، ويُعزَل ويُعزَّر»(٣).

وفي «سيف القُضاة على البُغاة»: لو أخَّر الحكمَ بلا عُذرٍ عمدًا: يكفُر، قال في «معين المفتي»: «وينبغي أن يُحمل على ما إذا لم يَرَه واجبًا عليه، كما لا يخفى»(٤)، وقد صرَّح بهذا القيد في «شرح المجمع».

= القضاء إذا أراد الحكم، وطلب المدعي الحكم ليس بشرط، لكنه من آداب القضاء».

(١) في هامش (خ): (قوله: ولا يشترط له المصر. هو رواية «النوادر»، وكثير من المشايخ أخذوا بها باعتبار الحاجة، وظاهر الرواية الاشتراط، «عمادية»).

(٢) الذي في «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الأول في التقليد والعزل، الجنس الثالث في التقليد (٤/ ٤): «على رواية «النوادر»: المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء. فأما على ظاهر الرواية، فالمصر شرط نفاذ القضاء، فلا يصير مقلدا على القرى وإن كتب في منشوره». وفيها في كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، جنس: ليس لقاضي الجند ولاية (٤/ ٢٠): «قاضيان في مصر واحد، كل واحد منهما في نصف المصر، ولرجل من محلة هذا القاضي على رجل من محلة قاض آخر دعوى، عند أبي يوسف: يعتبر حال المدعي، ويحضر خصمه إلى القاضي الذي في محلة المدعي، وعند محمد: يعتبر حال المدعى عليه، وهو الصحيح، وعليه الفتوى. فإن اختصم غريبان من أهل ولاية أخرى عند قاضي أهل هذه البلدة، قال: يصح قضاؤه، ويكون بمنزلة التحكيم».

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٣).

(٤) «معين المفتي»، بداية كتاب القضاء (ص ٣٦٤).

[فائدة: متى يكون قولُ القاضي أو فعلُه حكمًا]

ورُكنُه: ما يدلُّ عليه من قول أو فعل، و«حكمتُ» أو «قضيتُ» ليس بشرط، كما في «القنية». وطلبُ الذَّهْبِ منه حكمٌ[١]، وكذا «ثبت عندي» أو «صح عندي» أو «علمت» حكمٌ على **المختار**، وكذا «شهد عليه».

وقال ابن الغرس: إن بعض المُتأخِّرين يُفصِّل بأنَّ الثُّبوتَ إن وقع على السبب: لا يكون حكمًا، وإن وقع على المُسبَّب: فهو حكمٌ، كما تقدَّم في الفنِّ الأوَّل.

والوجهُ أن يقال: إن وقع على مُقدِّمات الحكم أو بعضها: فليس بحُكم، وإلا فحكمٌ، مثلا إذا وقعت الدَّعوى عند قاض في عقدِ بيعٍ، وكان القصدُ الحكمَ للمشتري على البائع بالملكِ في المبيع، فقولُ المُسجِّل: ثبت عند القاضي جرَيانُ العين في ملكِ البائع ويدِه إلى حين البيع، أو إن المبيع مقدورُ التسليم، أو إن العقار بالصفة المُسوِّغة للاستبدال، أو إن اليتيم لا مالَ له سوى هذه العين: لا يكون الثُّبوت مُقدِّمةً للحكم في مثله، وحقَّق أنه يكون بمعنى الحكم، وقد لا يكون، ثم قال: والأوجَزُ في تعريفه إذا لم يكُنْ حُكمًا أن يقال: هو اعتبارُ القاضي مُقدِّمات الحكم أو بعضها.

وفي «البزازية»: «سلِّم الدارَ[٢]، بعد إقامة البُرهان: ليس بحُكم، وذكر شمسُ الأئمَّة أنه حكم»[٣].

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٧٧).

(٢) أي: قول القاضي: سلِّم الدار.

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، بداية الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه (٥/ ١٥٧).

وعبارتها: «وكذا (أي: لا يكون قضاء)، قوله للمدعى عليه: سلِّم هذه الدارَ إليه بعد إقامة البرهان...، وهذا نص على أن أمره لا يكون بمنزلة قضائه. وذكر شمس الأئمة أنه يكون حكمًا؛ لأن أمره إلزام وحكم».

وفيها: «أمرُه ليس كقضائه، بدليل ما ذكره الظهيري: وقف على الفقراء، فاحتاج قريبُه[١]، فأمر القاضي بصَرْفِ شيءٍ من الوقف إليه: فهذه فتوى، فلو أراد صَرْفَه لغيره: جاز، ولو حكَم أن لا يُصرَف إلا إليه: نفَذ حكمُه»[٢]، واستبعد في «الفتح» صحَّةَ هذا الحكم حتى ظفِر أنه لا يصحُّ ولا يلزم[٣]، انتهى.

وفي «شرح نظم الكنز» للمقدسي: ويمكن أن يُجعَل حادثةً، بأن يَعطِي المُتولِّي فقيرًا سنةً، ثم يمنعه ثاني سنةٍ ويريد إعطاءَ غيره، فيَترافعان إلى القاضي، فرأى القاضي أن الدفع إليه أصلحُ لعِلمه وصلاحه، فحكَم على المُتولِّي أن لا يُعطِيَ غيرَه: نفَذ؛ لأنه موافقٌ للشرط، وهو الفقرُ، ثم لم يحكُوا خلافًا في أن أمره بحَبْس المُدَّعى عليه قضاءٌ بالحق.

وأما فعل القاضي، فمِنْه ما ليس بحُكم قطعًا، كما لو استأذنَتْه مُكلَّفةٌ في تزويجها، فزوَّجها: فإنه ليس موضعًا للحكم، فليس بحكم، وما هو محلُّ الحكم وفيه خلافٌ، كتزويج الصغار اللَّاتي لا وليَّ لهُنَّ، وكشرائه وبيعِه مالَ اليتيم، وكقسمة عَقارٍ، أو نحو ذلك، فجزَم في «التجنيس» أنه ليس بحكم، وهو الأوجَه. وفي «الأصل»: إن قسمة القاضي حكمٌ.

[فائدة: في أحكام القضاء]

وأما أحكامه، فلزوم الحكم، فليس لأحدٍ نقضُه حيث توفَّرت شرائطُه، ولا يصحُّ رجوعُه عنه إلا إذا كان خطأً، ولو كان مُختلَفًا فيه: أمضَاه، فلو ظهر له نصٌّ

---

(١) أي: قريب الواقف.

(٢) دل هذا أن أمره ليس بحكم. انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه (٥/ ١٥٨).

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٤٢).

بخلاف ما قضَى: نقَضه، كما لو ظهر خطؤُه ببيِّنةٍ أو بإقرارِ المَقضِيِّ له، أما لو أقرَّ القاضي ببُطلانه: لا يثبُت، كما لو رجع شاهدٌ، فإنه لا يُبطِل القضاءَ، ولو شهِدت بيِّنةٌ بخطئِه لفَقْدِ شرطٍ: كانت مُعارِضةً بيِّنةَ شُهودِ الحُكم، فلا تُقبل.

وأما التولية، فلا يلزم، فللسُّلطان أن يعزِلَه لريبةٍ أو غيرها، ولقاضي القضاة عزلُ نائبه كذلك. «ولو فوَّضه لاثنين: لا يَليه واحدٌ منهما، ولو شرَط تفرَّد كلٍّ واحد منهما: لا روايةَ فيه، قال ظهير الدين: ينبغي أن يجوز[1]؛ لأن نائبَ القاضي نائبُ السلطان، حتى لا ينعزلَ بعزلِ القاضي، ويملك التفرُّد»، «بزازية»[2].

ولو قلَّد قاضيًا، ولم ينُصَّ على عَزْل الأوَّل: لا ينعزِل.

ومن أحكامه: صحَّةُ تعليقه، وإضافتِه، وتقييدِه بزمان أو مكان، ولو لم يُقيَّد ببلدٍ: **المختارُ** أنه يكون قاضيًا في البلد الذي هو فيها، «رمز».

وفي «العمادية»: إذا قُلِّد قضاءَ بلدةِ كذا: لا يدخُل القُرى إلا بذِكْرها، وأقرَّه الشُّرنبُلالي[3].

وإذا أجاز قضاءَ الفضوليِّ: جاز، ولا يملك الاستخلافَ إلا بإذنٍ، ويقتصر قضاؤه على المَقضِيِّ عليه، ومن تلقَّى الملكَ منه، إلا في الحُرِّية والنَّسَب والولاء.

ويخرُج من القضاء بفَوَات سَمْعه وبصَره وعقلِه ودِينه، ويعزله إذا علِم، وعند الثاني: إذا وصل قاضٍ غيرُه.

---

(١) في النسخ: (لا يجوز). والمثبت من «الفتاوى البزازية».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الأول في التقليد (٥/ ١٣٤).

(٣) انظر: «غنية ذوي الأحكام»، كتاب القضاء (٢/ ٤٠٤).

«ولو مات: انعزل خُلفاؤُه، ولا ينعزل بموت الخليفة»، «بزازية»[١].

وكلُّ مَن هو أهلٌ للشهادة فهو أهلٌ للقضاء، قال الكمال: «والكمال فيه أن يكون عَدْلا، عفيفًا، عالمًا بالسُّنَّة، وبطرائقِ من كان قبله من القُضاة»[٢]، انتهى.

وإذا قُلِّد: سأَلَ ديوانَ قاضٍ قبله، وينظُر في حال المحبُوسين، فمن أقرَّ بحقٍّ، أو قامت عليه بيِّنةٌ: ألزَمه، ولا يعمَل بقولِ المحبوسين.

[فائدة: لا يُعتمَد على الخطِّ ولا يُعمَل به، إلا في مسألتين]

(ولا يعتمِد على الخطِّ، ولا يعمَل به) قاضٍ، ولا شاهدٌ، ولا راوٍ، فلا يقضي ولا يشهَد ولا يَروي من رأى خطَّه ما لم يتذكَّر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علِمتَ مثلَ الشمس: فَاشْهَدْ»[٣]، وعند محمد: يجوز في الكلِّ إن كان في حَوْزِه، وعند أبي يوسف: يجوز للراوي والقاضي دون الشاهد، وهو **المعمول به**، كما في «السراج»، وفي «التقويم»: قولهما هو **الصحيح**، «منح».

وفي «الملتقى» و«شرحه»: «وعندهما: يجوز إذا كان في يده، **وعليه الفتوى**، كما في «الحقائق» وغيرها»[٤].

وفي «البيري»: «المراد بقولهم: لا يَعمل القاضي بالخطِّ، أي: لا يقضي به عند المُنازعة؛ لأن الخطَّ مما يُزوَّر، وليس منه ما وجَده القاضي في أيدي القُضاة الذين

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الأول في التقليد (٥/ ١٣٧).

(٢) «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي (٧/ ٢٥٣).

(٣) أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان»، برقم (١٠٤٦٩)، والحاكم في «المستدرك»، كتاب الأحكام، برقم (٧٠٤٥)، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، وتعقبه الذهبي في «مختصره»، وقال: «بل هو حديث واه». انظر: «نصب الراية» (٤/ ٨٢).

(٤) «الدر المنتقى»، كتاب الشهادات (٣/ ٢٦٧).

كانوا قبله، لها رسومٌ في دواوين القُضاة، أُجرِيت على الرُّسوم الموجودة في دواوينهم، وإن كان الشهودُ الذين شهِدوا بها ماتُوا، وقال الشيخ أبو العباس: ويجوز الرجوعُ في الحكم إلى دواوين من كان قبله من الأُمناء... إلخ»[١]، وهذا صريحٌ في جواز العمل بالحُجَّة وإن مات شهودُها، حيث كان مضمونُها ثابتًا في السِّجلِّ المحفوظ.

فعلى هذا، قولُه: (لا يُعمَل بمكتوب الوقف الذي كان عليه خُطوطُ القُضاة الماضين)، محمولٌ على ما إذا لم يكن في أيدي القُضاة، «فإن كان في أيديهم، وله رسومٌ في دواوينهم، وتنازَع فيها أهلُه: فإنه يجري على الرُّسوم الموجودة فيها»، كما في «الإسعاف»[٢].

وبذلك علِمت أن الحصر في قوله: (لأن القاضي لا يقضي إلا بالحُجَّة، وهي البيِّنة، أو الإقرار، أو النُّكول، كما في وقف «الخانية»)، قاصرٌ، وتمامُ عبارتِها: «أما بالصكِّ لا يصلُح حجَّةً؛ لأن الخطَّ يُشبِه الخطَّ، ولذا[٣] لو كان على باب الدار لوحٌ مضروبٌ يَنطِق بالوقف: لا يحوز القضاءُ بالوقف ما لم يَشهَد الشهودُ»[٤]، انتهى. ويُقيَّد قوله: أما الصكُّ لا يصلُح حجَّة، على ما إذا لم يكن ثابتًا في السِّجلِّ، فلا مُنافاةَ لما تقدم.

(ولو أحضَر المُدَّعي خطَّ إقرارِ المُدَّعى عليه)، يعني: لو ادَّعى على رجل مالًا، فأنكر المُدَّعَى عليه، فأخرج المُدَّعي خطًّا بإقرار المُدَّعى عليه بذلك، فأنكر أن يكون

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦١ ـ ٦٢).

(٢) «الإسعاف»، باب الشهادة على إقرار الواقف بحصته من الأرض، فصل في ذكر حكم الأوقاف المتقادمة (ص ٩٣).

(٣) كذا في النسخ. وفي «فتاوى قاضي خان»: (وكذا).

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، آخر فصل في دعوى الوقف والشهادة عليه (٣/ ٣٤١).

خطَّه، فاستُكتِب، وكان بين الخطَّين مُشابَهةٌ ظاهرة، وطلب تحليفَ المُدَّعى عليه: (لا يُحلَّف أنه ما كتب، وإنما يُحلَّف على أصل المال، كما في قضاء «الخانية»).

والذي في «الخانية»: «لو أنكر أن يكون خطَّه، فاستُكتِب، وكان بين الخطَّين مُشابَهةٌ ظاهرة: اختلفوا فيه، فقال بعضهم: يقضي على المُدَّعَى عليه، وقال آخرون: لا يقضي، وهو **الصحيح**، ولو قال: هذا خطِّي، ولكن ليس عليَّ هذا المالُ، إن كان الخطُّ على وجه الرسالة مُصدَّرًا مُعَنْوَنًا: لا يُصدَّق ويُقضَى عليه [بالمال]، وخطُّ الصرَّاف والسِّمسار حُجَّةٌ عُرْفًا، وإن لم يكن الخطُّ على وجه الرسالة، لكن على وجهِ ما يُكتَب الصكُّ والإقرارُ، فإن أشهَد على نفسه بما فيه: يكون إقرارًا [يلزمه]، وإن كتب الخطَّ بين يدَي الشُّهود، وقرَأ عليهم: كان إقرارًا، وحلَّ لهم أن يَشهَدوا عليه، سواء قال: اشهَدُوا عليَّ، أو لم يقُلْ، وإن كتب بين يدَي الشهود، ولم يَقرَأ عليهم، ولكن قال: اشهَدُوا عليَّ بما فيه: كان إقرارًا، وحلَّ لهم أن يشهَدُوا [عليه بما فيه]، وإن لم يعلمُوا: لا يحِلُّ لهم أن يشهدوا عليه بما فيه»[(١)]، انتهى.

قال الحموي: «وأنت ترى أنه لم يذكُر ما ذكَره المُصنِّف من قوله: لا يحلف، وما في «فتاوى قارئ الهداية» من أنه يُحلَّف على ما كتب إذا كتَب على رسم الصكوك، وإذا استكتبه فكتَب فقال أهلُ الخبرة: هما واحد، لزمه الحقُّ، انتهى، مخالفٌ لما ذكره المُصنِّف»[(٢)].

وفي «المنح»: «ما في «فتاوى قارئ الهداية» لا يُعوَّل عليه، وإنما يُعوَّل على هذا التصحيح؛ **لأن قاضي خان من أجلِّ مَن يُعتمَد على تصحيحه**»، انتهى.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب الدعوى (٢/ ٣٧٠).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٠٨).

وإنما يصحُّ هذا أن لو كان في «الخانية»، وقد علِمتَه.

ومما يدلُّ على أن الخطَّ لا يُعتمَد عليه ما (في بيوع «القنية»: اشترى حانوتًا، فوجَد بعد القبض على بابه مكتوبًا: وقف على مسجد كذا): لا يُعمَل به، ولا يُعتمَد عليه، و(لا يرُدُّه)، أي: الحانوت، (لأنها)، أي: الكتابة، (علامةٌ لا تُبنَى الأحكامُ عليها) من ثبوت الوقف وإبطال (البيع).

(وعلى هذا)، أي: على ما ذكره في «القنية»، (لا اعتبار بكتابة وقف على كتاب أو مصحف) للعلة المذكورة.

(قلتُ: إلا في مسألتَين)، فإنه يُعتمَد فيهما على الخطِّ ويُعمَل به، وكان ينبغي تقديم هذا الاستثناء.

[الأولى: كتاب أهل الحرب بطلب الأمان إلى الإمام]

(الأُولى: كتابُ أهلِ الحرب بطلب الأمان إلى الإمام)، مُتعلِّق بـ«كتاب»، فالأولى تقديمه، (فإنه يُعمَل)، أي: بكتابهم، بلا بيِّنة، (و)فائدتُه أنه (يثبُت الأمانُ لحامله)، أي: الكتاب، (كما في سير «الخانية»[(١)]).

(ويُمكن إلحاقُ البراءات السُّلطانيَّة بالوظائف)، متعلِّق بـ«البراءات»، أي: ويمكن إلحاقُها به، (في زماننا إن كانت العلَّةُ) للعمل بكتاب أهل الحرب (أنه لا يُزَوَّر، وإن كانت العلَّةُ الاحتياطَ في حَقْن الدِّماء: فلا تُلحَق به)؛ لعدمها فيها.

---

(١) قال في «فتاوى قاضي خان»، كتاب السير، فصل فيما يبطله الارتداد (٣/ ٥٨٥): «حربي أخذ في دارنا، فقال: أنا رسول ملك أهل الحرب، إن كان له علامات الرسول من الكتاب ونحوه: يكون آمنًا حتى يؤدي الرسالة ويرجع، وإن لم يكن معه كتاب: يكون فيئًا لجماعة المسلمين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قول صاحبيه: هو للآخذ خاصة». وانظر: «فتاوى قاضي خان»، أوائل كتاب السير (٣/ ٥٦٠).

ومثلُ البراءات السُّلطانية: الدفترُ الخاقاني المُعَنْوَن بالطُّرة السُّلطانية، فإنه يُعمَل به، وللعلامة الحصكفي شارح «التنوير» و«الملتقى» رسالة في ذلك حاصلُها بعد أن نقل ما هنا من أنه يُعمل بكتاب أهل الحرب للأمان، ونقل جَزْمَ ابنِ الشحنة وابن وهبان بالعمل بدفتر الصرَّاف والبيَّاع والسِّمسار لعلَّة أَمْنِ التزوير، كما جزَم به البزَّازيُّ والسرخسي وقاضي خان، وأن هذه العلَّة في الدفاتر السُّلطانية أولى، كما يعرفه من شاهَد أحوالَ أهاليها حين نقلها؛ إذ لا تُحرَّر أوَّلًا إلا بإذن السلطان، ثم بعد اتفاق الجمِّ الغفير على نقل ما فيها من غير تساهُلٍ بزيادة أو نقصان: تُعرض على المُعيَّن لذلك، فيَضَعُ خطَّه عليها، ثم تُعرَض على المُتولِّي لحفظِها المُسمَّى بـ: دفتر أميني، ليكتُب عليها، ثم تُعاد أُصولُها إلى أمكنتها محفوظةً بالخَتْم، فالأمنُ من التزوير مقطوعٌ به، وبذلك كلِّه يَعلَم جميعُ أهل الدَّولة والكتبة، فلو وُجد في الدفاتر أن المكان الفلاني وقفٌ على المدرسة الفلانية مثلا: يُعمَل به من غير بيِّنة، وبذلك يُفتِي مشايخُ الإسلام، كما هو مصرَّح به في «بهجة» عبد الله آفندي وغيرها، فليُحفَظ.

[الثانية: يُعمَل بدفتر السِّمسار والصرَّاف والبيَّاع]

(**الثانية: يُعمَل بدفتر السِّمسار**)، وهو المُتوسِّط بين البائع والمشتري، (**والصرَّاف**)، بائعُ أحدِ النقدَين بالآخَر أو كلٍّ واحدٍ منهما بمثله، (**والبيَّاع**)، من يعتمِد قولَه أهلُ الخبرة في البيع والشراء، لا الدَّلَّال، فإنه لا يُعتمَد على قوله، فكيف على كتابته، (**كما في قضاء «الخانية»**(١)).

(**وتعقَّبه الطرسوسيُّ بأن مشايخَنا ردُّوا على مالكٍ في عمله بالخطِّ**) بالشهادة؛ **لكون الخطِّ يُشبِه الخطَّ، فكيف عمِلوا به هنا، وردَّه ابنُ وهبان بأنه لا يكتب في دفتره إلا ما له وعليه، وتمامُه فيه من الشهادات**).

---

(١) قال في «فتاواه» (٢/ ٣٧٠): «وخط الصراف والسمسار حجة».

وحاصله: إبداءُ الفرق بين خطِّ الشهادة وخطِّ الصرَّاف «بأن الشاهد لا يلزم من كتابته الشهادةَ بقاؤُه عليها؛ لاحتمال الرجوع، ولأنه ما لم يُؤدِّ لا يصير مُلزما، حتى لو قال: هي خطِّي لكن لا أشهَد به، لا يلزمه، بخلاف الصَّرَّاف؛ لأنه لو اعتَرف بالخطِّ، وأنكَر: لا يُقبل منه، سيَّما والعادة وضعُ التُّجَّار أموالَهم عند الصَّرَّاف[1] مُحتفَظًا فيه من التزوير[2]، ولأنه يبعُد أن يضعَ الإنسانُ خطَّه في دراهمَ عنده أنها لغيره، والأمرُ بخلافه»[3]، انتهى.

قال ابن الشحنة: «وهذا الفرق فيه ما يُقبل وفيه ما يُرَدُّ؛ لأنه لو أنكر الصَّرَّاف كونَه مشغولَ الذِّمَّة أو اليدِ مما كتَب به خطَّه: لا يقبل منه، سيَّما والعادة قد جرَت بالكتابة قبل القبض على ما تقدَّم»[4].

وقد ألَّف في مسألة الشهادة رسالةً مُحصَّلها في ما إذا حكَم قاضٍ مالكيٌّ بالشهادة على الخطِّ، ونفذه حنبليٌّ، هل للحنبليِّ تنفيذُه إذا رُفع إليه أو لا؟ أجاب بأنه يُنفذه؛ لأنه لم يُخالِفْ كتابًا ولا سُنَّةً ولا إجماعًا؛ لأن السُّنَّة جرَت بإقامة الخطِّ مقامَ الخطاب، ولأن الصحابة كانوا يعتمدون على الخطِّ من غير نكير.

[فروع: في الإقرار]

(وفي إقرار «البزازية»: ادَّعى) رجلٌ على آخَر (مالا، فقال المُدَّعَى عليه: كلُّ ما يوجد في تذكرة المُدَّعِي بخطِّه فقد التزمتُه، لا يكون) ذلك منه (إقرارًا) بالمال المُدَّعى به. وتتمَّة

---

(١) بلا إشهاد.

(٢) كذا في النسخ. وفي «شرح المنظومة»: «الخط والدراهم عند الصراف محتفظان، فيأمن التزوير».

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، أواخر كتاب الشهادات (١/ ٣٢٥).

(٤) «شرح المنظومة الوهبانية» (١/ ٣٢٦).

ما في «البزازية»: «لأن المحفوظ عن أصحابنا[١] أنه لو قال: كلُّ ما أقرَّ به فلان عليَّ فأنا مُقِرٌّ به، لا يلزمه شيءٌ إذا أقرَّ به فلان»[٢]، يعني: فهنا أَولى أن لا يكون إقرارًا، انتهى.

وفي «البيري» عن «الخانية»: «ادَّعى عليه مالا، فقال المُدَّعَى عليه: إن شهِد به فلان فهو عليَّ، فشهِد به فلان: لا يلزمه»[٣]، انتهى.

وفي «فتاوى أبي القاسم»: «رجلٌ قال في صحَّته: ما ادَّعاه فلان بن فلان في المال الذي بيدي فصدِّقوه، فمات المُقِرُّ: يُنظَر؛ إن لم يكن سبق من فلان دعوى في شيء معلوم: لا يلزمه بهذا القول شيءٌ».

(و)كذا لا يكون إقرارا لو قال المُدَّعى عليه: كلُّ (ما في جريدتِكَ فعليَّ)، لا يلزمه شيءٌ، (إلا إذا كان في الجريدة شيءٌ معلوم، أو ذكَر المُدَّعِي شيئًا معلومًا، فقال المُدَّعى عليه ما ذكرنا)، أي: كلُّ ما كان في جريدتكَ فعليَّ، (كان) ذلك القول (تصديقًا)، أي: إقرارًا؛ (لأن التصديق لا يَلحَق المجهولَ)؛ إذ هو عبارةٌ عن الحكم، وهو يستلزم ثلاثَ تصوُّراتٍ، تصوُّر المحكوم عليه، وبه، والنسبةِ، والحكمُ على المجهول ممتنِعٌ، كما قُرِّر في «الميزان».

(و)كذا يكون تصديقًا (إذا أشار إلى الجريدة، وقال: ما فيها فهو عليَّ، يصحُّ)؛ لانتفاء الجهالة، (ولو لم يكن ما فيها مُشارًا إليه: لا يصحُّ[٤]، انتهى) كلام «البزازية»[٥]،

---

(١) كذا في النسخ. وفي «البزازية»: (لأنه محفوظ. عن أصحابنا:... إلخ).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإقرار، الفصل الأول فيما يكون إقرارا، نوع في الاستثناء (٥/ ٤٥١).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٤)، و«فتاوى قاضي خان»، كتاب الصلح، فصل في الإبراء عن البعض بشرط تعجيل الباقي (٣/ ٩١).

(٤) للجهالة.

(٥) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإقرار، الفصل الأول فيما يكون إقرارا، نوع في الاستثناء (٥/ ٤٥١ ـ ٤٥٢).

فأفاد أنه كما يجوز العملُ بخطِّ البيَّاع أو الصرَّاف في الدعوى... إلى آخره: يجوز الإقرارُ به، لكن بشرط أن يكون معلومًا، ولو كان مجهولا: لا.

[فائدة: كلُّ مَن عليه حقٌّ امتنع عن أدائه: يُحبَس ولا يُضرَب]

(كلُّ مَن عليه حقٌّ إذا امتنع من أدائه: فإنه لا يُضرب)، بل يُحبَس، فإن ثبت الحقُّ بإقراره: لا يُحبَس بطلب المُدَّعي، إلا إذا أُمِر بالأداء فامتنع، وإن ثبت بالبيِّنة: يُحبس قبل الأمر، وقيل: لا، وهو ظاهر كلامه هنا.

(ولذا قالوا)، أي: أصحابنا، (إن المديون لا يُضرَب في الحبس، ولا يُقيَّد، ولا يُغَلُّ)، «ولا يُخوَّف، ولا يُقام بين يدَي صاحبِ الحقِّ»، «بيري»[(١)]، ولكن يُضيَّق عليه في الحَبْس بالمنع عن الكَسْب، وتبريدِ مكانه في الشِّتاء، «ولا يُمكَّن أحدٌ من الدخول عليه للاستئناس إلا جيرانه وأقاربه، ولا يمكُثون، ولا يُبسَط له فراشٌ، ولا يخرُج لجُمعة ولا جماعةٍ، ولا لحجٍّ، ولا لحُضور جنازةٍ، ولو أباه أو ابنَه، ولو بكفيل، وإن مرِض في الحبس: لا يخرُج إن كان له من يخدمه، وإلا يخرُج بكفيل في مرض مُضْنٍ، وإلا لا، به يفتى، ولو له ديُونٌ يخرُج حتى يُخاصِم، ثم يرجِع، ولا يُمنَع من وطء جاريته إن كان له خَلوةٌ، ومن دخولِ زوجته عليه ووطئِها؛ لأنه غيرُ ممنوع عن قضاء شهوةِ البطن، فكذا الفرج، وقيل: يُمنَع، ومفادُه: أن زوجته لا تُحبَس معه، ولو هي الحابسة [له]»، «در منتقى»[(٢)].

وفي «مُعين المفتي»: «إن تعيينَ مكانِ الحبس لصاحب الحقِّ، لا للقاضي»[(٣)]، ونقَله عن «فتاوى قارئ الهداية».

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٥).

(٢) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب القضاء، فصل في الحبس (٣/ ٢٢٧).

(٣) «معين المفتي»، كتاب القضاء (ص ٣٧١).

[مسائلُ مُستثناةٌ من الفائدة السابقة]

(قلت: إلا في ثلاث) مسائلَ، فإنه يُضرَب فيها، ويُقيَّد ويُغَلُّ، وزاد في «الزواهر» رابعةً، وهي ما «إذا خِيفَ فِرارُ المحبوس: فإنه يُقيَّد»، «بزازية»[١]. وفيها مُعزِيًا لمحمد: «من حُبِس بحقٍّ، وجعل يَحتال للخروج والهرب، قال: نُؤدِّبه بسِياطٍ حتى يمتنِع عن ذلك»[٢]، انتهى.

المسألة الأُولى: (إذا امتنع القريبُ من الإنفاق على قريبه، كما ذكروه في) باب النفقات).

(و)الثانية: (إذا لم يقسِمْ بين نسائه، ووُعِظ) بالأمر بالعدل، (فلم يرجِعْ) عن عدم القسم: فإنه يُوجَع عُقوبةً إلى أن يعدِل، وما مضى منه قبل الرجوع هدَرٌ، وإن أثِم فيه، وقالوا: إذا امتنع من القَسْم يُضرَب، (كما في «السراج الوهاج» من) كتاب (القَسْم).

«وفي «الجوهرة»: «يُعزَّر بغير الحبس»[٣]، وينبغي تقييدُه بما إذا قال[٤]: فعلتُ ذلك لأن الخيار في مقدار الدَّور لي، وكذا في بدايته، وإن ادَّعاه: مكَث عند الأُخرى بقدره»، «در منتقى»[٥].

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل العاشر في الحبس، نوع في المعاملة مع المديون (٥/ ٢٢٤).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل العاشر في الحبس، نوع في ولاية القاضي (٥/ ٢٣٥).

(٣) قال في «الجوهرة النيرة»، آخر كتاب النكاح (٢/ ٢٦): «وقد قالوا: إن الرجل إذا امتنع من القسم يضرب؛ لأنه لا يستدرك الحق فيه بالحبس؛ لأنه يفوت بمضي الزمان».

(٤) كذا في النسخ. وفي «الدر المنتقى»: (لم يقل).

(٥) «الدر المنتقى»، كتاب الشركة (٢/ ٥٥٠).

(و)الثالثة: (إذا امتنع عن كفَّارة الظِّهار مع قُدرته عليها): فيُجبَر على التكفير، وإن لم يَفعَل يُضرَب. وفي «السراج»: أبى عن كفَّارة الظِّهار، فرَفعَتْه امرأتُه إلى القاضي: يُحبَس إلى أن يُكفِّر أو يُطلِّق، (كما صرَّحُوا به)، أي: بهذا الفرع، (في بابه)، أي: الظهار.

(والعلَّةُ الجامعة لهذه) الثلاث في جواز الضرب فيها (أن الحقَّ يفُوت) فيها (بالتأخير فيها؛ لأن القَسْم لا يقضى) بمُضِيِّ الزمان، (وكذا نفقة القريب تسقُط بمُضِيِّ الزمان)، قيل عليه: إن نفقة الزوجة تسقُط بالمُضِيِّ مع تخلُّف هذا الحكم فيها، (وحقُّها في الجماع يفُوت بالتأخير لا إلى خلَف).

أُورد عليه أن حقَّها في الجماع مرَّة، نعم؛ لها حقُّ التسوية، والقَسْم يعتمِد الثاني، وأُجيب بأن المراد بفَوَات الحقِّ في الجماع بالتأخير تأخيرُ الكفارة.

قال شيخنا: وفيه نظرٌ؛ إذ ليس فيه ما يدفع الاعتراض، وأجاب بأن المراد بفَوَات الحقِّ في الجماع بالتأخير ديانةً، لا قضاء؛ إذ معنى قولهم: لا حقَّ لي في الجماع إلا مرَّة، أي: في القضاء، لا الدِّيانة، فتأمَّل.

[فائدة: لا يُحلِّف القاضي أحدًا على حقٍّ مجهولٍ]

(ولا يُحلِّف القاضي أحدًا على) دعوى (حقٍّ مجهول)، كأنْ ادَّعى أنَّ له على فلان شيئًا، ولم يُبيِّن جنسَه، وطلب من القاضي تحليفَ المُدَّعى عليه: لا يُحلَّف؛ لأن الجهالة كما تمنع قبولَ البيِّنة: تمنَع الاستخلاف.

(فلو ادَّعى أحدُ) الشريكَين (على شريكه خيانةً مُبهَمةً: لم يُحلَّف)، وفي المُعيَّنة يُحلَّف.

وما في «الفتاوى» لقارئ «الهداية» من أنه يُحلَّف في المُبهَمة أيضًا، فإن حلَف:

برِئ، وإلا يثبُت ما ادَّعاه، ويلزمه بيانُ مقدارِ ما خانَ فيه، والقولُ في مقداره له بيمينه؛ لأن نكولَه كالإقرار بشيءٍ مجهول، والبيان في مقداره للمُقِرِّ مع يمينه، إلا أن يُقِيم خصمُه بيِّنةً على الأكثر، فلا يُعارِض ما ذكره المصنِّف هنا عن «الخانية»؛ لأنه لم يستنِدْ إلى نقلٍ.

[مسائلُ مستثناةٌ من الفائدة السابقة]

(إلا في مسائل)، فإنه يُحلَّف فيها على دعوى المجهول:

(الأُولى: إذا اتَّهم القاضي وصيَّ اليتيم).

(الثانية: إذا اتَّهم مُتولِّي الوقف: فإنه يُحلِّفهما نظرًا لليتيم والوقف، كما في دعوى «الخانية»). وعبارتُها: «لو أن رجلا ادَّعى على رجل أنه استهلك مالي، وطلب التحليفَ من القاضي: لا يُحلِّفه، وكذا لو قال: هو شريكي، وقد خانَ في الرِّبح، ولا أدري قدرَه: لا يلتفِت إليه، وكذا[1] لو قال: بلغني أن فلان بن فلان أوصى إليَّ ولا أدري قدرَه، وأرادَ أن يُحلِّف [الوارثُ]: لا يحلفه، وكذلك المديون إذا قال: قضيتُ بعضَ دَيني ولا أدري كم قضيتُ، أو قال: نسِيتُ قدرَه، وأراد أن يحلف الطالب: لا يلتفت إليه. قال شمس الأئمة الحلواني: الجهالةُ كما تمنع قبولَ البيِّنة: تمنع الاستحلافَ أيضًا، إلا إذا اتَّهم القاضي وصيَّ اليتيم أو قيِّمَ الوقف، ولم يدَّعِ عليه شيئًا معلومًا: فإنه يُحلِّفه نظرًا للوقف واليتيم»[2]، انتهى.

(الثالثة: إذا ادَّعى المُودِع على المُودَع خيانةً مطلَقةً): فإنه يُحلَّف أنه ما خانَ

---

(١) في النسخ: (ولذا). والمثبت من «الخانية».

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، بداية فصل في دعوى المنقول (٢/ ٣٧٨). وليس فيها قوله: (قال شمس الأئمة الحلواني: الجهالة كما تمنع قبول البينة، تمنع الاستحلاف أيضا).

فيها، كما في «القنية»، فإن حلَف: برِئ، وإن نكَل: يُجبَر على بيان مقدارِ ما نكل عنه. وقال أبو بكر البلخي: لا تُسمع دعواه إلا بعد بيان القيمة.

وفي «السراج الوهاج»: لو أودَعه زِنبيلا فيه آلاتُ النجّار، ثم جاء يستَرِدُّه، وادَّعى أنه كان فيه قَدومًا فذهبت منه، وقال المُودَع: قبضتُ منك الزِّنبيلَ ولا أدري ما فيه، لا ضمانَ عليه، ولا يُحلَّف؛ لأنه لم يدع عليه تضييعًا. وكذا لو أودع دراهم في كِيس، ولم يزِنْها، ثم ادَّعى على المُودَع أنها كانت أكثرَ من ذلك: لا يمين عليه، إلا أن يدَّعى عليه الفعلَ، وهو التضييع أو الخيانة.

(الرابعة: الرَّهنُ المجهول)، بأن ادَّعى الراهنُ رهنًا مجهولا، فأنكر المُرتَهن: فإنه يُحلَّف.

(الخامسة: في دعوى الغَصْب)، بأن «ادَّعى أنه غصَب منه عينَ كذا، ولا أدري قيمتَه، أو لا يدري أنه هالِكٌ أو قائمٌ، وأنكر: فإنه يُحلَّف ويُجبَر على البيان إذا أقرَّ أو نكَل عن اليمين؛ لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمةَ مالِه»، «درر»[1].

ولو قال المغصوبُ منه: قيمةُ ثوبي مائةٌ، وقال الغاصب: لا أدري ما قيمتُه، ولكن أعلَمُ أنها لم تكن مائةً: فالقول للغاصب مع يمينه، ويُجبَر على البيان؛ لأنه أقرَّ بقيمة مجهولة، فإذا لم يُبيِّن: يُحلَّف على دعوى المغصوب منه أن قيمتَه مائةٌ، فإذا نكَل: أُخِذ منه المائة، فإذا ظهر بعد ذلك الثوب: فالغاصب بالخيار[2]، إن شاء أخَذه، وإن شاء استردَّه.

---

(١) «درر الحكام»، أوائل كتاب الدعوى (٢/ ٣٣١).

(٢) في هامش (خ): (قوله: فالغاصب بالخيار... إلخ. أصلها من «الدر المنتقى»، وعبارته: ثم إن ظهر المغصوب فللغاصب أخذه ودفع القيمة، أو رده وأخذ القيمة، فليحفظ، انتهت بحروفها).

(السادسة): يُحلَّف (في دعوى السرقة). قيل عليه: «إنه يشترط ذكرُ القيمة في دعوى السرقة ليُعلَم أنها نصابٌ أو لا»، كما في «الخانية»[١]. هذا إذا ادَّعى للقطع. وأما إذا ادَّعى للمال، فيُحلَّف.

وعن محمد أن القاضي يقول للمُدَّعي: ما تريد؟ فإن قال: أُريد القطعَ، قال له: إن الحدود لا يُستحلَف فيها، وإن قال: أُريد المال، قال له: دَعْ دعوى السَّرِقة وادَّعِ المالَ، فإن ادَّعاه: يُحلَّف، فإن نكَل: ضمِن ولم يُقطَع؛ لأن المال يثبُت بالنُّكول، فلو قال: لا أدري قيمتَه، وطلَب تحليفَ السارقِ فيُحلَّف، كما في دعوى الغصب.

وفي «جامع الفصولين»: «لو ادَّعى سرقةَ أعيانٍ مختلفةِ الجنس والصِّفة، وذكَر قيمةَ الكُلِّ جملةً، ولم يذكُر قيمةَ كلٍّ على حِدَة: اختلف المشايخُ فيه، قيل: لا بد من التفصيل، وقيل: يُكتفَى بالإجمال، وهو **الصحيح**»[٢].

وقيل: يُشتَرط[٣] ذكرُ القيمة إذا كانت الدعوى سرقةً، وفي غيرها لا يشترط.

(وهي)، أي: المسائل المذكورة من قوله: الثالثة... إلخ، (الثلاثُ)، بل الأربعُ، (التي تُسمع فيها الدعوى مجهولا). قال بعضهم: إن سماع الدعوى في هذه المسائل مع الجهالة مُتَّفقٌ عليه، إلا في دعوى الوديعة ودعوى الغصب، حيث يُشتَرط لسَماعها فيها ذكرُ القيمة عند بعض المشايخ.

(فصارَتْ) المسائلُ التي يُحلَّف فيها على دعوى الحقِّ المجهولِ (سِتَّةً).

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده (٢/ ٤٤٤).

(٢) «جامع الفصولين»، أوائل الفصل السادس في بيان أنواع الدعاوى (١/ ٥١ ـ ٥٢).

(٣) في هامش (خ): (قوله: يشترط، أي: ليعلم أن السرقة كانت نصابا، «حموي»).

[فائدة: القضاء لا يتعدَّى المَقضِيِّ عليه إلى غيره، إلا في مسائل]

(القضاء يقتصِر على المَقضِيِّ عليه، ولا يتعدَّى إلى غيره)، عطفُ تفسير، (إلا في خمسة) مسائل، (ففي أربعةٍ) منها (يتعدَّى إلى كافَّة الناس، فلا تُسمع دعوى أحدٍ فيه بعده)؛ لأن الحكم فيها للأوَّل حكمٌ بإسقاطِ ما يُضادُّه، «بيري»(١).

«ويُزاد ما في «مُعين الحُكَّام» إثباتُ الوكالة، فلو أحضَر رجلا، وادَّعى أن لمُوكِّله حقًّا عليه، وأقام بيِّنةً على أنه وكَّله في قبضه والخُصومة فيه: قُبِلت، [ويُقضَى بالوكالة]، ويكون قضاءً على الكلِّ، فلا يُكلَّف إلى إعادة البيِّنة إذا حضَر آخَرُ وادَّعى عليه حقًّا كذلك»(٢).

والرجوعُ عن الهبة فسخٌ في حقِّ الكلِّ، بقضاءٍ أو بغيره عند أبي يوسف باتفاق الروايات عنه، وعند محمد في رواية «الجامع»، «حموي»(٣).

الأُولى: القضاء (في الحُرِّيَّة الأصليَّة) قضاءٌ على الكلِّ. قال في «الدر المنتقى»: «حُرُّ الأصل يستعمِله الفقهاءُ في معنيَين؛ أحدهما: من لم يَجْرِ على(٤) نفسه رِقٌّ أصلا، وإنْ(٥) وُلِد من مُعتَقةٍ. والثاني: من ليس في أصله رقيقٌ أصلا»(٦).

والظاهر أن المراد هنا ما يشمل النوعين.

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٦).

(٢) «معين الحكام»، القسم الثالث في ذكر الدعاوى، الفصل الرابع: تقسيم المدعى عليهم وما يسمع من بيناتهم (ص ٦٢).

(٣) «غمز العيون» (٢/ ٣١٨).

(٤) في النسخ: (عليه). والمثبت من «الدر المنتقى».

(٥) كذا في «الدر المنتقى». وفي النسخ: (كأن).

(٦) «الدر المنتقى»، كتاب الولاء (٤/ ٣٢).

(و)الثانية: القضاء (في النَّسب) قضاءٌ على الكلِّ.

(و)الثالثة: في (وَلاء العتاقة)، فإنه قضاءٌ على الكلِّ، بخلاف ولاء المُوَالاة، فإن له الفسخَ قبل العقل، وله أن يَتبَرَّأ عن ولائه بحضرته.

(و)الرابعة: القضاء (في النكاح)، فإنه قضاءٌ على الكلِّ. فلو أقام بيِّنةً على أنه تزوَّجها يومَ النحر بمكَّة، وحكم به، ثم أقام آخرُ بيِّنةً على أنه تزوَّجها ذلك اليوم بخُراسان: لم تُقبل.

وأما لو ادَّعيا نكاحَ امرأةٍ، وأقاما بيِّنةً على ذلك، فإن أرَّخا: فالسابقُ أحقُّ، وإلا، بأن استَويا، فإن كان مع أحدهما قبضٌ، كالدُّخول بها ونقلِها إلى منزله: فهو أَولى، وإلا يُرجع إلى تصديق المرأة، فإن أقام أحدُهما بيِّنةً: حُكِم بها، ثم أقام الآخَرُ بيِّنةً: فإنها لا تُقبل، إلا إن[1] أثبت سبقًا: فإنها تُقبل، كما في «الملتقى»[2].

ويُزاد، كما في «البيري»: «لو ادَّعى الشِّراء من غيره، وأثبَته، وحُكم له به، ثم ادَّعى آخرُ شراءَه من ذلك الرجل أيضًا وبرهَن: لا يُقبل، ويُجعَل الشِّراءُ للمحكوم به سابقًا»[3]، انتهى.

كذا في «الفتاوى الصغرى»).

[فائدة: القضاء بالوقف يقتصِر ولا يتعدَّى]

(والقضاء بالوقف يقتصِر، ولا يتعدَّى إلى الكافَّة، فتُسمع الدَّعوى بالمِلك

---

(١) في النسخ: (وإلا، بأن).

(٢) انظر: «الملتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الحدود، فصل في التعزير (٢/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٧).

في الوقف المحكوم به، كما في «الخانية»[١] و«جامع الفصولين»[٢])، ورجَّحه في «البحر»[٣]، وصحَّحه في «الفواكه البدرية».

وأفتى أبو السعود مُفتي الرُّوم بأنه يتعدَّى ولا يقتصِر، ويكون قضاءً على الكافَّة، ولا تُسمع فيه دعوى ملكٍ ووقفٍ آخر، وبه جزم في «المحبية»، ورجَّحه التمرتاشي صونًا للوقف عن الإبطال، «در مختار»[٤].

[فرع: استُحِقَّ المبيعُ من المشتري بالبيِّنة والقضاء]

(وفي) مسألة (واحدةٍ) من تلك المسائل الخمس (يتعدَّى) القضاءُ (إلى من تلقَّى المَقضِيُّ عليه الملكَ منه، فلو استُحِقَّ المبيعُ من المشتري بالبيِّنة)، احترز به عن الإقرار، فإنه لا يتعدَّى، (والقضاء: كان قضاءً عليه)، أي: على المشتري بعدم الملك، (وعلى من تلقَّى الملكَ منه)، وهو البائع، يعني: إذا قال المشتري في جواب دعوى المُدَّعي: المبيعُ ملكي لأني اشتريتُه من فلان، بخلاف ما لو اقتصر على قوله: هو ملكي، ولم يقُلْ: لأني اشتريته من فلان، حيث يصير البائعُ مقضيًّا عليه حتى تُسمع دعواه، كما سيأتي.

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده (٢/ ٤٤١).

(٢) قال فيه في بداية الفصل الثالث عشر في دعوى الوقف والشهادة عليه (١/ ١٢٧): «القضاء بالوقفية، قيل: يكون قضاء على الناس كافة...، وقيل: لا».

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، حكم الوقف (٥/ ٢٠٧).

(٤) كذا في النسخ. وليس قوله: (وأفتى أبو السعود)، إلى قوله: (في «المحبية»)، في «الدر المختار»، وإنما في «رد المحتار»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (٥/ ١٩٤)، وليس «رد المحتار» من مصادر الشارح، فيحتمل أن يكون هذه العبارة موجودة في حواشي بعض نسخ شرحنا هذا، فجعلها الناسخ عنها في صلب المتن. والله أعلم.

(فلو بَرْهَنَ البائعُ بعده)، أي: بعد القضاء بالاستحقاق، (على الملكِ: لا يُقبل)؛ لأنه يُؤدِّي إلى التهاتُر، وإن أقامَها على غير ذلك الوجه، بأن أقامَها على النِّتاج أو على الشِّراء منه[١]: تُقبل؛ لأنه لا يُؤدِّي إلى التهاتُر، وذلك لأن القضاء بالاستحقاق قضاءٌ بعدمِ الملك لذي اليد، ويلزم منه القضاءُ بعدم ملكِ بائعه، ولا يلزم منه عدمُ ملك الغير، وعدمُ ملكِ بائعِه لا من ذلك الوجه[٢]، كما هو ظاهر.

بقي[٣]: هل القضاءُ لذي الملكِ قضاءٌ للمالك القديم أو لا؟ قال شيخُنا: الظاهر نعم؛ لما في «العمادية»: «ادَّعى ميراثًا عن أبيه، فقال المدَّعى عليه: إنَّ أباك باعها من فلان حالَ حياتِه وصحَّته بكذا، وإني اشتريتُها من فلان، وأقام البيِّنة على ذلك، قيل: لا يصحُّ هذا الدفعُ لاحتمال التوفيق، وقيل: يصحُّ، وهو **الأصحُّ**، انتهى، كذا ذكره «البيري»[٤]، قال: «وكُنْ على ذُكْر من أن القضاء باليد مُختلَفٌ فيه عند المتأخِّرين، وعامَّة المشايخ على أنه قضاءُ استحقاق، كذا في «المشرع»»[٥]، انتهى.

[فرع: استُحِقَّت عينٌ من يدِ وارثٍ بقضاءٍ ببيِّنة]

(ولو استُحِقَّت عينٌ من يدِ وارثٍ بقضاءٍ)، متعلِّق بـ«استُحِقَّت»، (ببيِّنةٍ)، متعلِّق بـ«قضاء»، قيَّد به؛ لأنه لو كان الاستحقاقُ بإقرار أو نُكول: لا يتعدَّى؛ لأنه حجَّة قاصرة، (وذكَرت) البيِّنةُ (أنه ورِثها) من أبيه، وكان غصَبها من المُدَّعي: (كان) ذلك القضاءُ بالاستحقاق (قضاءً على سائر الورَثة والميِّت)، بمعنى إذا قال الوارثُ في

---

(١) قوله: منه، أي: من المدعي. كذا في هامش (خ).

(٢) قوله: (عدم ملك بائعه)، مبتدأ، وقوله: (لا من ذلك الوجه)، خبره.

(٣) قوله: بقي... إلخ، الذي هو عكس صورة المتن. كذا في هامش (خ).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٨).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٨).

جواب هذه الدعوى: هي ملكي ورِثتها من أبي، أما لو قال: هي ملكي، ولم يَزِدْ على ذلك: لا يكون قضاءً على سائر الورَثة والميِّت، يدلُّ عليه قوله: «إنه ورِثها».

[(كما في «البزازية»[١])][٢].

[فائدة: الحكم بالحُرِّية الأصلية حكمٌ على الكافَّة]

(وفي «شرح الدُّرَر والغُرَر» للمَولى خُسْرو)، لا يخفى ما في هذه الإضافة من المُساهَلة بناء على ظهورِ المراد؛ إذ ليس له شرحٌ على «الدُّرَر والغُرَر»، بل الشرحُ «الدررُ»، والمتنُ «الغُرَرُ»، (من باب الاستحقاق: والحكمُ بالحُرِّية الأصليَّة حكمٌ على الكافَّة)، سواء كان ببيِّنةٍ أو بقوله: أنا حُرٌّ، إذا لم يسبِقْ منه إقرارٌ بالملك، (حتى لا تُسمع دعوى المِلك من أحدٍ، وكذا العتقُ وفروعُه) من الاستيلاد والتدبير والكتابة؛ «لأن الحُرِّية تُثبت أحكامًا مُتعدِّيةً من أهليَّةِ الولايات والشهادات وغيرها، فالقضاء بها قضاءٌ بتلك الأحكام على الكافَّة، فينتصِب البعضُ خَصْمًا عن البعض[٣]، وفي الحقيقة القضاءُ بالحُريَّة قضاءٌ بعدم الرِّقِّ، والرِّقُّ إذا انعدَم في شخصٍ: ينعدِم في حقِّ الكلِّ، وكذا إثباتُ طريق العامَّة على واحدٍ يكون إثباتًا على الكلِّ، وينتصِب هذا

---

(١) عبارة «الفتاوى البزازية» في كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم (٥/ ٣٠٧ ـ ٣٠٨): «وفي «الأصل»: ادعى عينا في التركة، وبرهن على أحد الورثة، فالقضاء عليه قضاء على الكل. وفي «الجامع» هذا إن الكل في يده، وإن البعض في يده فبقدره. وفي «الصغرى»: ادعى على ميت دينا، وأحضر أحد الورثة وبرهن: فالقضاء عليه قضاء على الميت».

(٢) ما بين المعقوفتين في نسخ «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون» (٢/ ٣١٩) و«عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٨).

(٣) ضرورة استحالة أن يكون حرا في حق زيد رقيقا في حق عمرو. كذا في «البيري».

المُدَّعي خصمًا عن الناس، فكأنَّهم حضَروا وادَّعى[١] عليهم»، «بيري»[٢].

«ولو ادَّعى أنه حُرُّ الأصل، ولم يَزِدْ، وشهِدوا على ذلك: يُكتفَى به، وقيل: لا»، «جامع الفصولين»[٣].

قيل: المراد القضاء بالعتق بعد ثبوت ملك المُعتِق، حتى إذا ادَّعى شخصٌ أن هذا العبدَ ملكُه بعد القضاء المذكور: لا تُسمع دعواه؛ لأن البيِّنة الشاهدة بملك المُعتق ترجَّحت باتصالِ القضاء بها على بيِّنة المُدَّعي المُعارِضة لها، وإلا فالقضاءُ بمُجرَّد العتق لا يمنع من دعوى آخر؛ إذ قد يُعتِق الشخصُ ما لا يَملِكه.

ويُؤيِّده ما في «خزانة الأكمل»: «عبدٌ في يد رجل، ادَّعى عليه رجلٌ أنه أعتَقه وهو يملكه، وأقام عليه البيِّنة، وادَّعى صاحبُ العبد أنه عبدُ فلان أودَعه إياه[٤]، وأقام البيِّنة: قُضِي بالعتق على الذي في يده، فإن جاء المُقَرُّ له، فادَّعى أنه عبدُه: لم تُسمع، ولو أقام الأوَّلُ بيِّنةً على أنه عبدُه، وأنه[٥] أعتَقه، فقُضِي به، ثم ادَّعاه آخرُ أنه عبدُه،

---

(١) في «البيري»: (وبرهن).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٦٨).

(٣) قال فيه (٢/ ٢٥٩): «ادعى أنه حر الأصل، وعلق حرا، وولد على فراش الحرية، وأم المدعي هذا معتقة، فشهدا أنه حر الأصل، ولم يزيدا عليه: فأفتى كثير من مشايخنا بصحته، فإن محمدا ذكر في كتاب الولاء: إذا شهدا أنه حر الأصل اكتفي به، وقيل: إنه فاسد؛ إذ العلوق بالولد إن كان بعد عتق الأم: كان الولد حرا، وإن كان قبله: لم يكن حرا، فإذا لم يبينوا ذلك في الدعوى والشهادة كيف يقضى بحرية الولد وبصحة السجل؟».

(٤) في هامش (خ): (قوله: أودعه إياه. كيف انتصب المودَع خصما لمدعي العتق، مع كون دعوى الإيداع من المدعى عليه أحد مخمسة كتاب الدعوى، فلينظر كلام الشارح).

(٥) في النسخ: (أو أنه)، والمثبت من «خزانة الأكمل».

وأقام البيِّنة: لم تُسمع، وكذا التدبيرُ والاستيلاد»[١]، ومثلُه في «الأجناس»[٢] عن «الجامع الكبير»، وعُلِّل بأنه مُدَّعي العتقِ من المالك.

هذا.

(وأما الحكمُ) بالعتق (في المِلك المُؤرَّخ)، فهو حكمٌ (على الكافَّة)، لكن (من التاريخ، لا) يكون حكمًا (قبله)، يعني: (إذا قال زيدٌ لبَكرٍ: إنك عبدي، ملَكتُك منذُ خمسةِ أعوام، فقال بَكر: إني كنتُ عبدَ بِشْرٍ، ملَكني منذ ستَّةَ أعوام فأعتقَني، وبَرْهَن عليه: اندفع دعوى زيدٍ، ثم إذا قال عمروٌ لبكر: إنك عبدي، ملَكتُك منذُ سبعة أعوام، وأنت ملكي الآن، فبَرْهَن عليه: يُقبل، ويُنسَخ الحكمُ بحُرِّيَّته، ويُجعل ملكًا لعمروٍ، ويدلُّ عليه)، أي: على أنه تُقبل بيِّنتُه ويُنسَخ الحكمُ بالحُرِّية، (أن قاضي خان قال في أوَّل البُيوع في «شرح الزيادات»: فصارت مسائلُ الباب على قسمين:

أحدهما: عتقٌ في ملكٍ مطلق)، أي: القضاء به، والمراد بالمطلق الذي لم يُقيَّد بسبب، كشراء ونحوه، ويقال له: مُرسَلٌ أيضًا، (وهو)، أي: العتق في ملك مطلق، (بمنزلة الحُرِّية الأصليَّة، والقضاء به قضاءٌ على كافَّة الناس).

(والثاني: القضاء بالعتق في الملك المُؤرَّخ، وهو قضاءٌ على كافَّة الناس من وقت التاريخ، ولا يكون قضاءً قبله[٣]).

إذا علِمت هذا: (فليكن هذا على ذُكْر منك)، بضمِّ الذال في القلب، وبالفتح في اللِّسان، (فإنَّ الكُتب المشهورة خاليةٌ عن هذه الفائدة، انتهى) كلام «الدرر»[٤].

---

(١) «خزانة الأكمل»، كتاب الدعوى، من «الجامع الكبير» (٣/ ٧٣٢).

(٢) لم أجده.

(٣) «شرح الزيادات»، كتاب البيوع، آخر باب من البيع الذي يرجع فيه بالثمن (٢/ ٦٩١).

(٤) «درر الحكام»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (٢/ ١٩٠).

وفي «البيري»: «إن هؤلاء الشهود شهِدوا بالتاريخ، وهم غيرُ محتاجِين إليه في الشهادة، لكن لو ذكَروه يُحكَم به، فيكون قضاءً بالملك المُؤرَّخ، وبعضُ الكتب المشهورة لم تَخْلُ عنه»[١].

[فائدة: لا فرق في الحكم بالحُرية الأصليَّة بين البيِّنة وقولِه: أنا حُرٌّ]

و(بقي هنا فائدةٌ أُخرى) تُقيِّد قولَهم: الحكم بالحُرِّيَّة الأصليَّة حكمٌ على الكافَّة، (هي أنه لا فرقَ في كونه)، أي: الحكم بالحريَّة الأصليَّة، (على الكافَّة بين أن يكون) الحكمُ (ببيِّنة، أو بقوله: أنا حُرٌّ[٢]، إذا لم يسبِقْ منه إقرارٌ بالرِّقِّ، كما صرَّح به في «المحيط البرهاني»[٣]).

أمـا إذا أقـرَّ بالرقِّ، ثـم ادَّعى الحُرِّيَةَ: تُقبَـل بيِّنتُه عليهـا؛ لأن التناقُض في الحُرية

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٧٠).

(٢) في هامش (خ): (قوله: أو بقوله: أنا حر. لا أدري معنى ذلك؛ فإن المعلوم لنا ان المدعي إذا ادعى الرق على شخص، فأنكر دعوى المدعي، وعجز عن إثباتها: كان القول للمدعى عليه، وحينئذ يحكم القاضي بمنع المدعي للعجز الإثبات، ولا يحكم بالحرية؛ لأن مجرد قوله المدعى عليه: أنا حر، لا يقتضي الحكم بذلك، بل يترك حرا جرياً على الأصل قضاءَ تركٍ، فإذا برهن المدعي قضى له بالرقية، فليحرر كلام «المحيط»، أو يوضح المراد منه، وإني لست بمتصور مراده، انتهى).

(٣) قال في «المحيط البرهاني»، كتاب المحاضر والسجلات، محضر في إثبات الرق (١٧/ ١٤٤): «قالوا: وفي كل موضع وقعت الحاجة إلى إثبات الحرية من الأصل يجب أن يكون إثباتها بطريق الدفع، بأن يدعي صاحب اليد الرق على المملوك، ويقيم البينة، ثم يثبت المملوك حريته بطريق الدفع؛ لأن هذا أشبه وأقرب إلى الصواب؛ لأنه إذا كان إثبات الحرية بطريق الابتداء، بأن ادعى رجل على رجل أنه حر الأصل، وأن هذا الرجل يستعبده، وأقام البينة على حريته: كان في قبول هذه البينة شبهة وكلام؛ لأنه إذا لم يسبق منه إقرار بالرق، أو انقياد للمولى وقت البيع والتسليم: كان القول قوله في حرية الأصل، فكيف يسمع منه البينة على حريته، وحريته ثابتة بقوله؟ فالأصوب ما ذكرنا».

ليس بمانـع لعدم قبولها النقـض، والتناقُض إنما يمنـع فيما يَقبله.

«ولا بـد مـن قيدٍ آخـر، وهو مـا إذا كان العبـدُ كبيرًا يُعبِّر عن نفسـه. وأمـا إذا لم يكـن كذلـك، فوُجِـد في يـد رجل، فقـال: هو عبـدي، فإن القـول قوله؛ لأنـه بمنزلة البهيمـة والثـوب، فـإن أدرك العبدُ، وادَّعـى الحُرِّية: فعليـه البيِّنة، بخـلاف الكبير[1]، فإنـه إذا ادَّعـاه ذو اليـد أنـه عبـدُه، وأقام بيِّنـةً، وأقام الغـلامُ بيِّنةً علـى أنه حُـرٌّ: فالبيِّنةُ له»، «بيـري»[2].

[فائدة: يُشتَرط توافُقُ الشهادتَين لفظًا ومعنى]

(اختلافُ الشاهدَين مانعٌ من قبولها)، أي: الشهادة «فيما يُشتَرط فيه العددُ، ولأن كلَّ شاهدٍ يُكذِّب صاحبَه، والمُدَّعي يُكذِّب أحدَهما»، «بيري»[3].

(ولا بد) في شهادتهما (من التطابُق)، أي: توافُق الشهادتَين، (لفظًا ومعنًى)، بحيث يدلُّ بالوضع عل معنى واحدٍ بالمُطابقة، لا بالتضمُّن عند أبي حنيفة، وعندهما: يُكتفى بالمُوافَقة المعنويَّة، وبه قالت الثلاثة، فلو شهِد أحدُهما على زيد

---

(١) في هامش (خ): (قوله: بخلاف الكبير. المراد به: الذي يعبر عن نفسه، ولو غير بالغ، انتهى).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٧٢).

وفي هامش (خ): (قوله: «بيري». عبارته، نقلا عن «خزانة الأكمل»: صغير في يد رجل، لا يعبر عن نفسه، فقال: هو عبدي، فالقول قوله، بمنزلة البهيمة والثوب. فإن أدرك الغلام، فقال: أنا حر الأصل، فعليه البينة. أما لو كان كبيرا يعبر عن نفسه، فقال: أنا حر أو لقيط، فالقول قوله. وإن أقام صاحب اليد بينة أنه عبده، أقام الغلام بينة أنه حر: أخذنا ببينة الغلام، انتهى. وفي «الفصول العمادية»: لأن الأصل في دار الإسلام هو الحرية، فمن ادعى أنه حر الأصل، وأقام شاهدين: لا تقبل بينته؛ لأن القول قوله، فلا حاجة إلى البينة، لكن إذا ادعى إنسان الرق عليه، وأقام بينة: فالآن تقبل بينته على حرية الأصل؛ دفعا لبينة الرق، انتهت بالحرف. فانظر لاختصار شارحنا المخلول).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٧٢).

بألفٍ ومائة، وشهد الآخرُ بألفٍ ومائتَين: يثبُت ما اتفقا عليه. وفي «المضمرات»: «الصحيح قوله»[١].

[مستثنيات من الفائدة السابقة]

(إلا في مسائل[٢])، فلا يُشترَط التوافُقُ لفظًا ومعنى:

(الأُولى: في الوقف، فإنه يُقضَى بأقلِّهما، كما في شهادات «فتح القدير» مُعزِيًا إلى الخصَّاف[٣])، فلو شهد أحدهما بالثلث والآخر بالنصف: قضى بالثلث المتفق عليه.

(الثانية: في المهر، إذا اختلفا في مقداره: يُقضَى بالأقلِّ، كما في «البزازية»[٤])، وفي «الفصولين»: «يحكم بمهر المثل»[٥].

(الثالثة: شهِد أحدُهما بالهبة، والآخَرُ بالعطيَّة): يُقبل؛ لاتِّحاد معناهما؛ «إذ

---

(١) انظر: «جامع المضمرات»، كتاب الشهادة، مطابقة الشهادة للدعوى (٥/ ١٩٥).

(٢) قال البيري (٢/ ٧٣): «أقول: هذا الاستثناء فيه نظر؛ لما أفاده في «تلخيص الخلاطي»، حيث قال: إن الشاهدين متى اتفقا في الشهادة لفظا ومعنى، أو اتفقا معنى، لا لفظا، والمشهود داخل تحت الدعوى من كل وجه، إما نصا، أو بوصف الإطلاق، أو من وجه يقبله، كما لو ادعى حنطة جيدة، فشهد أحدهما بالجيد، والآخر بالرديء: يقضى بالرديء؛ لأنهما اتفقا عليه، والدعوى تتناوله بإطلاقه، وتفرد أحدهما بإثبات وصف، ولم يكذبه المدعي، وإن لم يكن داخلا تحت الدعوى بوجه ما: لا تقبل؛ لخلو الشهادة عن الدعوى. وإن اختلفا لفظا ومعنى، أو معنى: لا تقبل، سواء اتحد حكمها شرعا أو اختلف؛ لأن المشهود به شيئان مختلفان، انتهى».

(٣) «فتح القدير»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة (٧/ ٤٣٩).

(٤) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الفصل الرابع في اختلافهما (٥/ ٢٨٢).

(٥) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الحادي عشر في الاختلاف بين الدعوى والشهادة وفي اختلاف الشاهدين (١/ ١١٩).

المراد بالموافقة في اللفظ والمعنى الاتحادُ أو الترادُف»، «بحر»[١]، فلا وجه للاستثناء.

(الرابعة: شهد أحدُهما بالنكاح، والآخرُ بالتزويج): يُقبل؛ لما تقدم، وفيه ما فيه.

(وهما)، أي: هاتان المسألتان، مذكورتان (في «شرح الكنز» للزيلعي[٢]).

(الخامسة: شهد أن له عليه ألفًا، والآخرُ أنه أقرَّ له بألف: تُقبل، كما في «العمدة» و«الولوالجية»[٣])، ورجَّحه الصدرُ الشهيد.

وفي «الخانية» عن غصب «الأصل»: «إنها لا تُقبل؛ لعدم اتفاق الشاهدين[٤]، وعند الثاني[٥]: تقبل»[٦].

وكذا «لو شهد أحدهما على قرض، والآخر على الإقرار بذلك: تقبل؛ لأن لفظ «استقرضت» يصلُح للإنشاء والإخبار، وفي البيع أمكن أن يُجعل إخبارًا، فيكون المشهودُ به واحدًا»، «بيري»[٧].

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة، يعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى (٧/ ١٠٩).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الشهادة، باب الاختلاف في الشهادة (٤/ ٢٣١).

(٣) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الشهادات، الفصل الخامس في الاختلاف في الشهادة (٤/ ١٢٧).

(٤) لأن أحدهما شهد بالقول، والآخر بالفعل، فلما يتفقا على شيء.

(٥) قوله: وعند الثاني: هو الذي رجحه الصدر الشهيد، «بيري». كذا في هامش (خ).

(٦) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، فصل في الدعوى تخالف الشهادة وما يصير به متناقضا (٢/ ٣٧٧).

(٧) عبارته (٢/ ٧٤): «وزاد في «الولوالجية»: ولو شهد أحدهما على قرض بمائة درهم، والآخر على الإقرار بذلك: جاز؛ لأن صيغة الإنشاء والإقرار في القرض والبيع واحد. أما في القرض، فإنه في =

(السادسة: شهِد أنه أعتقَه بالعربيَّة، و)شهد (الآخَرُ) أنه أعتقه (بالفارسيَّة: تُقبل)؛ للاتفاق معنًى ولفظًا، لأنه مُرادِفٌ له، وفيه ما تقدَّم.

(بخلاف الطلاق)، فلو شهِد بطلاقه بالعربيَّة، والآخر بالفارسيَّة: لا تُقبل، (والأصحُّ القبولُ فيهما)، أي: في الطلاق والعتاق، يُشير إلى الخلاف في العتاق أيضا، (وهي)، أي: مسألة الطلاق، (السابعة) من المُستثنيات.

[فائدة: الشهادة إذا اختلفَت لا تُقبل في القذف]

(أجمَعوا) على (أنها)، أي: الشهادة إذا اختلفت، (لا تُقبل في القذف)، بأن شهد أحدُهما بالقذف بالعربيَّة، والآخر بالفارسيَّة: لا تُقبل؛ احتياطًا للدَّرْء في الحدود، (كذا في «الصيرفية»).

(وذكرت في «الشرح» ستَّة عشر أُخرى، فالمستثنى ثلاثٌ وعشرون، ثم رأيتُ في «الخصاف» في باب الشهادة بالوكالة مسائلَ يُزاد عليها، فتُراجَع. وقد ذكرتُ في «الشرح» أن المستثنى اثنان وأربعون مسألةً، وبيَّنتُها مُفصَّلةً[١]).

قيل[٢]: سبق آنفًا أنه ذكَر في «الشرح» ستَّة عشر، وأنها بالسبعة المذكورة هنا ثلاثةٌ وعشرون، ولا تَنافي، فكأنه ذكر السِّتَّة عشر مُفصَّلةً، ثم ذكر في موضع آخر منه أن مجموع المستثنى اثنان وأربعون، وبيَّنها مُفصَّلة أيضًا.

= الإنشاء يقول: استقرضت، وفي الإخبار كذلك. أما في البيع، أمكن أن يجعل الثاني إخبارا عن الإقرار، فيصير المشهود به واحدا، انتهى».

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة، يعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى (٧/ ١٠٩ ـ ١١١).

(٢) في هامش (خ): (قوله: سبق، إلى قوله: يوم الموت، لا وجود له في بعض النسخ، بل موجود بدله بياض ثلثي صحيفة، لا متن فيه ولا شرح من أصل التأليف). وهو كما قال.

وعلى كلِّ حالٍ، فعليه مُؤاخَذةٌ؛ لأنه حيث أَنْهاها في «الشرح» إلى اثنين وأربعين، كان اللائقُ أن يذكُر هنا أنها في «الشرح» اثنان وأربعون، ولا حاجة إلى ذكر السِّتَّة عشر أوَّلا، ثم بيانِ أن المجموع اثنان وأربعون.

[ضابط: يومُ القتل يدخُل تحت القضاء، لا يومُ الموت]

(يومُ المَوت لا يدخُل تحت القضاء، ويومُ القتل يدخُل) تحت القضاء، كذا في «البزازية»[1] و«الولوالجية»[2] و«الفصول العمادية»؛ لأن «القضاء بالبيِّنة عبارةٌ عن رفع النِّزاع، والموت من حيث إنه موتٌ ليس مَحَلًّا للنِّزاع ليرتفع بالبيِّنة، بخلاف القتل، فإنه من حيث هو هو محلٌّ للنزاع، كما لا يخفى»، «درر»[3].

وإذا لم يدخُل يومُ الموت تحت القضاء: يُجعَل ذلك التاريخُ وعدمُه بمنزلةٍ واحدة، بخلاف يوم القتل، فإنه يتعلَّق بالقتل القِصاصُ والدِّيَة، فاعتبرنا تاريخَ القتل.

«فلو ادَّعى رجلٌ شيئًا لأبيه، وأقام بيِّنةً على أنه ورِثه منه، وأن أباه مات يوم كذا في شهرِ كذا في سنةِ كذا، وأقامت المرأة بيِّنةً على أن أباه تزوَّجها يومَ كذا من شهرِ كذا من سنةِ كذا، وأنه مات بعد ذلك بيومٍ بعدَ اليوم الذي وقَّته الابنُ: تُقبل بيِّنتُها وترِثُ معه[4]؛ لأن يوم الموت لا يدخُل تحت القضاء؛ إذ لا يتعلَّق به حكمٌ؛ إذ الميراثُ لا يُستحَقُّ بالموت، بل بسبب سابقٍ على الموت، والنكاحُ سببٌ سابق،

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح (٥/ ٣٦٨).

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع (٤/ ٦٠ـ٦١).

(٣) «درر الحكام»، كتاب القضاء (٢/ ٤٠٩).

(٤) فإنا نحكم بالميراث بشهادة شهود الابن، ويحكم بشهادة شهود المرأة على التزويج، فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن؛ لأن يوم الموت مما لا يدخل تحت القضاء... إلخ. كذا في «البيري».

وإذا لم يدخُل يومُ الموت تحت القضاء يُجعَل التاريخ كأن لم يكُنْ، فتُقبل البيِّنتان، ويُقضَى بحقِّ كلٍّ منهما؛ لإمكانِ العمل بهما[١].

وفي «الخانية»: «إن حكم الموت لا يتعلَّق بوقت الموت، بل في أيِّ وقتٍ يمُوت يكون مالُه لوَرَثته، فصار [كأنَّ الابن أقام البينة على موت الأب، ولم يذكر الوقت، وذلك لا يمنع من قبول بيِّنة المرأة][٢]»[٣]، انتهى.

ولو أقامت امرأةٌ أُخرى بيِّنةً بعد ثبوت موته في يوم، وورِثَتْه امرأتُه على أنه تزوَّجها بعد ذلك اليوم: تُقبل بيِّنتُها أيضًا، فلا يضُرُّها سبقُ التاريخ، كذا في «مختصر الأصل».

لكن في «البزازية»: ادَّعى على آخر ضَيْعةً بأنَّها كانت لفلان، ومات [فلان] وورِثَتْها أُختُه، وماتت وأنا وارِثُها، وبَرْهَن: تُسمع، فلو برهن المطلوبُ على موت الأخت قبل مُورِّثها: تُقبل ويصحُّ الدفعُ. وإنما قيل: وصحَّ الدفع، هنا لأن النزاع لم يكن في الموت المجرَّد، بل إنما وقع في تقديم موت الوارث على المُورِّث، وهو صحيح، كما لو تنازع الابنُ مع ابن الابن أن أباه مات قبل أبيه، فتُقبل»، كذا في «البيري»[٤].

وأما لو برهَن على أنه قُتِل قبل يوم كذا، وأقام الآخرُ على الموت قبله: لا تُقبل، وكذا لو أقامت بيِّنةً على تزوُّجه بعد ثبوت يومِ قتلِه: لا تُقبل، بخلاف ما لو ادَّعى

---

(١) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع (٤/ ٦٠ ـ ٦١).

(٢) ما بين المعقوفتين من «الخانية» و«البيري». وفي النسخ: (كأنْ لم يكن، ومن أقام بينة على الموت، ولم يذكر الوقت: لا يمنع قبول بينته، فتقبل بينة المرأة). وفي هذه العبارة خلل ظاهر.

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل في تكذيب المدعي بالشهود (٢/ ٤٨٢).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٧٦ ـ ٧٧).

أنه قُتِل مُورِّثُه في يوم كذا، فبَرهَن المُدَّعى عليه أنه قُتِل قبل ذلك اليوم: يكون دفعًا؛ لدخول يومِ القتل تحت القضاء.

(وعليها)، أي: على هذه القاعدة، وهي أن يوم الموت لا يدخُل تحت القضاء، ويوم القتل يدخُل تحته، (فروعٌ).

منها: ما في «البزازية»: «شهِدوا على إقراره في وقت كذا، وكان ميّتًا في ذلك الوقت: لا تُقبل؛ لأن زمان الموت لا يدخُل تحت القضاء، إلا[1] إذا برهَن أن فلانا مات يوم كذا، وادَّعت امرأةٌ نكاحًا بعد ذلك اليوم، [وبرهَنت]: تُقبل، بخلاف زمان القتل والنكاح، فإنهما يدخُلان تحت القضاء»[2]، فلو برهنت أنه تزوَّجها بعد يوم القتل: لا تُقبل.

[استثناءٌ من الضابط السابق]

(إلا في مسألة ذكَرها في «الولوالجية»[3]، فإن يومَ القتل لا يدخُل) تحت القضاء فيها، (وهي: مسألةُ الزوجة التي معها ولدٌ، فإنه يُقبل بيِّنتُها على تاريخ مُناقِض لما قضى به من يوم القتل).

وصورتُها: «ادَّعى على رجل أنه قتَل أباه عمدًا بالسيف منذُ عشرين سنةً، وأنه وارثُه، ولا وارثَ له سواه، وأقام بيِّنةً على ذلك، فجاءت امرأةٌ ومعها ولدٌ، وأقامت بيِّنةً على أن والدَ هذا الولدِ تزوَّجها مذ خمس عشرة سنةً، وأن هذا ولدُها منه ووارثُه مع ابنه هذا، قال أبو حنيفة: أستحسن في هذا أن أُجيزَ بيِّنةَ المرأة، وأُثبِت نسبَ

---

(١) في النسخ: (حتى)، والمثبت من «البزازية».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الثاني في أدبه، نوع آخر في التعريف والعدالة (٥/ ١٥٠).

(٣) كذا قال، ولم أجده فيها. وعزاها في «البحر» إلى «الظهيرية». والله أعلم.

الولد، وأُبطِل(١) بيِّنَةَ الابن على القتل، وكان هذا للاحتياط في أمر النسب؛ بدليل أنها لو أقامت على النكاح، ولم تأتِ بالولد: فالبيِّنةُ بيِّنةُ الابن، وله الميراثُ دون المرأة، وهذا قول أبي يوسف ومحمد»، كذا في «الولوالجية»(٢).

(وفي «القنية» من باب الدفع في الدعوى: ذكر مسألةَ الصوابُ فيها أن يوم الموت يدخُل تحت القضاء(٣)، فارجِعْ إليها إن شئتَ). قال فيها: «ادَّعى عليه شيئًا أنه اشتراه من أبيه منذ عشرين سنة، والأبُ ميِّتٌ للحال، وأقام ذو اليد بيِّنةً أنه مات منذ عشرين سنة: تُسمع، وقال عمرُ الحافظ: لا تُسمع، قال رحمه الله: والصوابُ جوابُ الحافظ، فينبغي أن يُحفَظ، فإنه كان يحفظ أن زمان الموت لا يدخُل تحت القضاء»، انتهى.

والمصنِّف في «البحر» بعد نقل هذه المسألة قال: «وهي مما يُستثنَى من قولهم: يومُ الموت لا يدخُل تحت القضاء على قول البعض»(٤)، انتهى.

ويُفهم منه: أن البعض يقول بدُخول زمان الموت تحت القضاء، فهو مُفرَّع على قول البعض.

وذكر في «البزازية» مسألة أن يوم الموت يدخُل تحت القضاء، وهي: «ادَّعيَا ميراثًا، وكلٌّ منهما يقول: هذا لي ورِثتُه من أبي، إنْ في يدِ ثالثٍ، ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا

---

(١) كذا في النسخ. وفي «البحر»: (ولا أبطل). ولعل الصواب ما أثبت.

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى الرجلين (٧/ ٢٣٦).

(٣) في هامش (خ): (قوله: يدخل تحت القضاء. في «البيري»: هكذا رأينا في النسخ، والذي في «القنية»: لا يدخل، والظاهر أن الكُتَّاب أسقطوا ذلك لسقم فهمهم، انتهى. فتأمل في هذا المقام، وفيما سُطِّر في الحواشي؛ فإن الكلام في غاية الارتباك، انتهى).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى الرجلين (٧/ ٢٣٦).

تاريخًا واحدًا: أخَذاه أنصافًا، وإنْ أحدُهما أسبق: فهو له عند الإمامَين[١]»[٢]، انتهى.

فأفادَ أن دُخولَ يوم الموت تحت القضاء مذهبُهما دون الإمام[٣]، على أن النِّزاع وقع في تقدُّم الملك قصدًا، وقد تقدَّم أنه يُستثنَى، فتأمَّل.

وفي «جامع الفصولين»: «برهن الوكيلُ بقبض المال على وكالته، وحُكم بها، فادَّعى المطلوبُ أن الطالب مات قبل دعواه، وأنه ليس له حقُّ القبض: يصحُّ الدفعُ[٤]»[٥]، انتهى. فيُفيد دخولَ الموت تحته أيضًا.

(وذكَر مسائلَ في «خزانة الأكمل» في الدعوى في ترجمة الموت[٦]، فلتُراجَعْ. وقدأشبَعنا الكلامَ عليه في «الشرح» في باب دعوى الرجلين[٧]) [٨].

[فائدة: شاهدُ الحِسْبة إذا أخَّر شهادتَه من غير عُذْر: لا تُقبل]

(شاهِدُ الحِسْبة)، وهي التي لا تحتاج إلى دعوى، كالطلاق، والعتاق، والوقف، وهلال غير رمضان[٩] والفطر، والحدود، إلا حد القذف والسرقة.

---

(١) خلافا لمحمد رحمه الله.

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الثالث عشر في تنازع الرجلين (٥/ ٣٧١).

(٣) بل دون الإمام محمد.

(٤) في هامش (خ): (قوله: يصح الدفع؛ لأن الوكيل ينعزل بالموت، فالحكم بالموت هنا لا لذاته، بل لأجل العزل، فلا ينافي قولهم: إن زمن الموت لا يدخل تحت القضاء قصدًا. وبه يعلم ما في قول الشارح: فيفيد... إلخ).

(٥) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى وفي دعاوى الدفع (١/ ١٠٩).

(٦) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الدعوى، من «الأجناس»، موت (٣/ ٧٦٩).

(٧) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى الرجلين (٧/ ٢٣٦).

(٨) هنا بياض قدر سبعة أسطر في نسخة (ع).

(٩) في هامش (خ): (قوله: وهلال غير رمضان، صوابه: حذف لفظ «غير»؛ لما سيأتي صريحا أنه تسمع =

وهل تُقبل في النسب؟ الأصحُّ نعم، كما سيجيء.

(إذا أخَّر شهادتَه من غير عُذْر) ظاهرٍ، أو من غير تأويلٍ: (لا تُقبل) شهادتُه (لفِسْقِه) بالتأخير؛ قال في «البزازية»: «إذا طلَب المُدَّعي الشاهدَ لأداء الشهادة، فأخَّر من غير عُذْر ظاهرٍ، ثم أدَّى: لا تُقبل»[1]، انتهى. وهو ـ كما ترى ـ غيرُ مُقيَّدٍ بشاهد الحِسبة، ونقَله في «الفتح» عن شخ الإسلام[2]، وارتضاه ابنُ الشحنة، وفي «الزواهر»: هو مُطَّردٌ في كل حُرمة لا يوجد فيها تأويلٌ.

وإنما قيَّد بالعُذْر[3]؛ إذ لو كان بعُذر: لا يفسُق بالتأخير، ومن العُذر: علمُه بعدم قبول القاضي شهادتَه، أو كان في مكان بحيث لو حضر مجلسَ الحُكم وشهِد لا يُمكِنه الرجوعُ لأهله، أو حضر نكاحَ امرأةٍ، ثم شهِد عنده عدلان أنه طلَّقها، أو قالا: عايَنَّا امرأةً أرضعَتْهما، لا يَسَعُه أن يشهد، أو كونه وحدَه في الشهادة وعلِم أنه لا يُلتفَت إلى قوله وحده.

وفي «البيري» نقلا عن «خزانة المفتين»: «يُشترَط لفسقه بالتأخير بعد العلم بالحُرمة من غير عُذر ظاهر: تعيينُه لأداء الشهادة»[4]، انتهى.

= الشهادة بدون الدعوى في كل ما تمحض حقا لله تعالى، كالشهادة على هلال رضمان، بخلاف غيره من الأشهر. واختلف في هلال عيد الفطر، فقيل: هو كهلال رمضان، وقيل: كغيره؛ لأنه اجتمع فيه الحقان، وسيأتي كل ذلك شرحا ومتنا، وحسبنا الله تعالى).

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الجنس الثاني في المدمة، آخر نوع في الرجل متى تحل له الشهادة (٥/ ٢٤٨).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الشهادات (٧/ ٣٦٦).

(٣) أي: بعدم العذر.

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٧٨).

[فائدة: أبى أحدُ الشريكَين العمارةَ مع شريكه: لا جَبْرَ عليه]

(أبى أحدُ الشريكَين العمارةَ مع شريكه) فيما يَقبل القسمةَ: (لا جَبْر عليه)، وإنما يأذَن القاضي لغير الآبي بالإنفاق، ثم يَمنع صاحبَه عن الانتفاع حتى يُؤدِّي حصَّتَه، **وعليه الفتوى.**

وقيل: يُؤَاجِرُها القاضي لمن يَرُمُّها بالأجرة، أو يأذَن لأحدهما في الإجارة والمرمَّة من الأُجرة، قيل: هذا على قولهما بناءً على جواز الحَجْر على الحُرِّ.

وأما فيما يَقبل القسمة، كالجدار العريض، فيُقسَم ويبني الآخَرُ بعد القسمة حصَّتَه.

وفي «البزازية»: «الحمَّام أو الطاحونة التي بين الشريكَين انهدم وصار صحراءَ: لا يُجبَر على العمارة، وإن انهدم البعضُ: يُجبَر، وإن كان الشريك مُعسِرًا: يُقال للشريك: أنفِقْ حتى يكون دَينًا على الآخَر»(١).

وفي «الفصولين»: «لا يُجبَر الآبي على العمارة في الصحراء، بل يقتسمان الأرضَ، وهذا إذا انهدَم، وإن هدَمه أحدُهما فعمَّره: يكون مُتطوِّعًا»(٢).

وفي «الدر المنتقى» نقلا عن متفرِّقات «البحر» أنه «يُجبَر الشريكُ على العمارة في كل ما لا يُقسَم، كحمَّامٍ، وخانٍ، وحائطٍ لا يُقسَم»(٣)، انتهى.

ومعنى الجَبْر، كما في «البزازية»، أنه «إن لم يُوافِقْه الشريكُ في العمارة: يُنفِق

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الحيطان، الفصل الثاني في الحائط وعمارته (٦/ ٤١٩).

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل السادس والثلاثون في مسائل الحيطان (٢/ ٢٠٦).

(٣) انظر: الدر المنتقى»، كتاب الشركة (٢/ ٥٣٠).

هو فيها، ويرجع على الشريك بنصف قيمة البناء، أو يرفَع الأمرَ إلى القاضي ليأمُرَه بالتعمير، فيرجع بنصفِ ما أنفَق»(١)، كما مر.

وهذا لا يُسَاعد ما ذكره المُصنِّف، إلا أن يُخصَّص كلامُه بما يَقبل القِسْمة، فتأمَّل.

[يُستثنى: جدارُ يتيمَين يُخافُ سُقوطُه، والوقفُ]

(إلا في جدارِ يتيمَين لهما وصيَّان، ويُخاف سُقوطُه)، أي: الجدار، (وعُلِم أنَّ في تركه) بلا تعميرٍ (ضررًا، فإنَّ الآبي من الوصِيَّين يُجبَر) على التعمير، (كما في «الخانية»(٢)).

وقيَّده البيريُّ بما إذا كان لهما عليه حمولةٌ(٣)، كما في «الولوالجية»(٤). قال شيخُنا: «والظاهر أن هذا القيد لبيان الواقع؛ إذ المدارُ على خوف حصول الضَّرَر بسُقوطه مطلقًا»، انتهى.

«ولا يخفى ما في الاستثناء؛ إذ الوصيَّان ليسا شريكَين»، «حموي»(٥).

وفيه: أن الدار على شركة اليتيمَين، لا الوصيَّين؛ إذ لا مَدخلَ لهما إلا بالنظر إلى اليتيم.

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الحيطان، الفصل الثاني في الحائط وعمارته (٦/ ٤٢٠).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوصايا، فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم (٣/ ٥٣١).

(٣) هذا القيد مذكور في «الخانية» أيضًا. قال البيري: «ومقتضى التقييد بكون عليه حمولة أن لا جبر على من لم يكن له عليه حمولة، فتأمله».

(٤) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوصايا، أواخر الفصل الأول فيما تجوز الوصية والتسبيل (٥/ ٣٦٠)، و«عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٧٩).

(٥) «غمز العيون» (٢/ ٣٢٥).

(وينبغي أن يكون الوقفُ كذلك)، أي: يُجبَر الآبي من ناظري الوقفَين في جِدارٍ مُشتَرَك بينهما، وكذا إذا كان مُشتَرَكًا بين وقفٍ وملكٍ، أو بين يتيمٍ وبالغٍ؛ لدفع الضَّرَر في كلٍّ. ومقتضى قولهم: إذا امتنع الناظرُ من التعمير: كان للقاضي أخذُه وإيجارُه وتعميرُه بالأُجرة، وجوبُ[1] أمرِه أوَّلًا بالتعمير.

وفي «خزانة الأكمل»: «تضرَّر حائطُ المسجد من نهر بجَنبِه: فإنه يُؤمَر أهلُ النهر بإصلاح نَهْرهم، حتى لو انكسر الحائطُ: ضمِنوا قيمةَ ما انهدم، ولو عمَّر القيِّمُ النهرَ من الغلَّة: يُمنَع أهلُ النهر من الانتفاع بالنهر حتى يُعطُوه قيمةَ العمارة»[2]، انتهى.

[فائدة: الشهادة بالمجهول غيرُ صحيحة، إلا في مسائل]

(الشهادة بالمجهول غيرُ صحيحة، إلا في ثلاث مسائل)، «ويُزادُ عليها:

رابعة: إذا شهدوا أن لهذا على هذا كر حنطة، ولم يصِفُوه[3].

وخامسة: شهدوا بأنه أعتق سالمًا ولا يَعلَمانه، وله عبدٌ يُسمَّى سالمًا يدَّعِي العتقَ[4].

وسادسة: شهدوا أن له طريقًا، ولا يعلمان عَرضَه وطُولَه: فإنها تقبل فيها»، «بيري»[5].

الأُولى: (إذا شهِدُوا أنه كفَل بنفس فلان، ولا نعرِفُه)، أي: المكفول عنه، يعني: ادَّعى رجلٌ على آخر أنه كفَل بنفس فلان، وبيَّن أوصافَه، فجحَد المُدَّعى عليه،

---

(١) خبر قوله: (ومقتضى قولهم).

(٢) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، من الفتاوى للفقيه (٤/ ٤٨٣).

(٣) جازت الشهادة، والقول قول المشهود عليه في بيان صفته، كما في «البيري».

(٤) أي: يعتق هو؛ «لأن الجهالة لا تمنع صحة الإعتاق، وكذا لا تمنع صحة الشهادة»، «بيري».

(٥) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٨١).

فشهدوا عليه أنه كفَل بنفس فلان، ولكن لا نعرف المكفولَ عنه بشخصِه، فشهد آخران أنه المُسمَّى بذلك الاسم: تُقبل، ويُجعَل كما لو ثبت الأمران بشهادة فريقَين، كما لو شهدوا بالملك في المحدود، وشهد آخرَان بالحُدود.

(و)الثانية: (شهدوا برَهْنٍ)، وقالوا: (لا نعرفه): فالشهادة والدعوى صحيحةٌ، والقولُ قولُ المُرتهن في أيِّ شيءٍ يأتي به مع يمينه، «خزانة الأكمل»[(١)].

(و)الثالثة: (إذا شهدوا بغَصْبِ شيءٍ مجهولٍ، [كما في قضاء «الخانية»][(٢)]، بأن قال: «غصب منِّي [عينَ] كذا، ولا أدري أنه هالكٌ أو قائم، ولا أدري كم قيمتُه: تُسمع الدعوى والشهادةُ عليه»[(٣)]، أي: في حقِّ الحبس، لا القضاء.

«وفي «البزازية»: «برهن على أنه غصَب منه جاريتَه: تُسمع، فمنهم من أوَّله بما إذا ذكَر القيمةَ، ومنهم من حمَله على ما إذا شهدوا على إقراره بغصبِ جاريتِه، فتُقبل في حقِّ الحبس والقضاء جميعًا، وعامَّة المشايخ على أنها تُقبل في حقِّ الحبس، ولا فرق بين الدعوى والشهادة»[(٤)]، انتهى.

وفي «التاتارخانية»: وعامَّة المشايخ قالوا: تصِحُّ الدعوى من غير دعوى الإقرار؛

---

(١) كذا نقله في «البيري». وعزاه المصنف في «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ١٩٥)، إلى «الخانية»، قال: «ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب؛ لما في الخانية معزيا إلى رهن «الأصل»: إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا، ولم يسموا الثوب، ولم يعرفوا عينه: جازت شهادتهم، والقول للمرتهن في أي ثوب كان، وكذلك في الغصب، انتهى، فالدعوى بالأولى».

(٢) ما بين المعقوفتين من المتن ليس موجودا في نسخ «التحقيق الباهر»، إنما استدركته من المتن المطبوع مع «غمز العيون» و«عمدة ذوي البصائر».

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، بداية فصل في دعوى المنقول (٢/ ٣٧٨).

(٤) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الثالث في كيفية الاستحلاف (٥/ ٢٠١ ـ ٢٠٢).

لأن محمدا لم يذكر في شيء من المواضع الإقرار، ولكن ينبغي للقاضي أن يُكلِّف المُدَّعي بيانَ القيمة [حدًّا]، فإن لم يُبيِّنْ: تُسمع دعواه وبيِّنتُه، ويأمُر المُدَّعى عليه بإحضار تلك العين، فإن أبى: حبَسه [شهرَين]، فإن أحضر عينًا [من ذلك الجنس]: يقول للمُدَّعي: أهذا الذي ادَّعيتَه؟ فإن صدَّقه وأخَذه: فبها، وإلا كلَّف المُدَّعى عليه بإحضار عينٍ أخرى [إلى أن يُوافِقَه المُدَّعي]، فإن عجَز المُدَّعى عليه وظهر عجزُه: يقضي عليه بالقيمة، والقولُ في [مقدار] القيمة قولُ المُدَّعى عليه[(١)]»، «بيري»[(٢)].

(الشهادة برَهْنٍ مجهولٍ صحيحةٌ، إلا إذا لم يعرِفُوا قدرَ ما رُهِن عليه من الدَّين[(٣)]، كما في «القنية»).

[فائدة: للقاضي أن يسأل عن سبب الدَّين احتياطًا]

(للقاضي أن يَسألَ عن سبب الدَّين احتياطًا)، وفي «الحموي» عن «الظهيرية»: أنه «لا بد من بيان السبب[(٤)]»[(٥)]، (فإن أبَى الخصمُ) عن البيان: (لا يُجبَر، كما إذا طلب منه الخصمُ إخراجَ دفتر الحِساب: فإن القاضي يأمُره بإخراجه ولا يُجبِره، كذا في «الخانية»[(٦)]).

---

(١) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الدعوى، الفصل الثاني في بيان شرائط صحة الدعوى (١٣/ ١٨).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٨٢).

(٣) قال الحموي (٢/ ٣٢٥): «قيل عليه: أفاد أنهم إذا علموا قدر الدين قُبلت الشهادة بالرهن المجهول، ولا تظهر مدخلية العلم بقدر الدين في صحة الشهادة مع الجهالة، انتهى».

(٤) في دعوى الدين.

(٥) «غمز العيون» (٢/ ٣٢٦).

(٦) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب اليمين (٢/ ٤٢٥).

[ضابط: قضاء القاضي في موضع الاختلاف جائز، لا في موضع الخلاف]

(قضاءُ القاضي في موضع الاختلاف جائزٌ، لا في موضع الخلاف. ومحلُّ الأَوَّل)، أي: الاختلاف، (فيما إذا كان فيه اختلافُ السَّلَف)، الصحابةِ والتابعين، (و)محلُّ (الثاني: ليس فيه) اختلافُ السلف، بل اختلافُ مَن بعدَهم، (وإنما هو) قولٌ (حادِثٌ) بعد السلف. فعلى هذا، لا يُعتبَر خلافُ الشافعي ولا مالكٍ، كما قاله الخصَّاف، ونقله في «جامع الفصولين» عن الطحاوي و«شرح السير الكبير». ثم فيه إشارة على أن العبرة إلى حقيقة الاختلاف بين السَّلَف لصيرورة المحلِّ مُجتهَدًا فيه، فلا عبرة لاختلاف غيرهم بعد السلف[1].

(كذا في «التاتارخانية»[2]).

(ومنهم مَن فرَّق بينهما)، أي: بين الخلاف والاختلاف، (بأنَّ للأَوَّل)، أي: الاختلاف، (دليلا دون الثاني)، فالعبرة في تحقُّقه اشتباهُ الدليل دون الاختلاف، وهو **الحقُّ**؛ لما مرَّ في قاعدة «إن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد».

وفي «جامع الفصولين»: «عن محمد أن العبرة لما اختلف فيه الناسُ، وحكَم به حاكمٌ من حُكَّام أهل الأمصار، فأخذ بعضُهم بقول واحدٍ، وبعضُهم بقولِ آخَر. فأشار بهذا إلى أن مُجرَّد خلاف العلماء لا يُصيِّر المحلَّ محلَّ الاجتهاد، ما لم يعتبِرْه العلماءُ، ويُسوِّغُوا له الاجتهاد؛ ألا يُرَى أن ابن عباس هو[3] من فقهاء الصحابة، ولم يُسوِّغُوا له الاجتهاد في ربا الفضل، فقال بربا الفضل، وأنكره عليه أبو سعيد

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الثاني في القضاء في المجتهد فيه (١/ ٢٠).

(٢) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب أدب القاضي، الفصل التاسع عشر في القضاء في المجتهدات (١١/ ١٣٢ ـ ١٣٣).

(٣) قوله: (هو)، كذا في «جامع الفصولين». وفي النسخ: (مع أنه).

الخدري، ولم يعتبِرْ خلافَه، فلو قضى قاضٍ بجواز بيع درهم بدرهمَين: فهو باطل. ولو ترك دعوى دار ثلاث سنين، فقُضِي ببُطلان دعواه ـ على قول من يبطل ترك الدعوى ثلاث سنين ـ: بطل قضاؤُه؛ لأنه قول مهجور»[١]، انتهى.

[مطلب: فيمن يُقبل قولُه بلا يمينٍ]

(كلُّ مَن قُبِل قولُه)، أي: كلُّ ما قالوه مِن أنه يُقبل قولُه، (فعليه اليمينُ)، أي: مع يمينه، (إلا في مسائلَ عشرة)، فإنه يُقبل قولُه فيها بدون اليمين، (مذكورة في «القنية»):

الأُولى والثانية: (الوصي في دعوى الإنفاق على اليتيم أو رقيقِه)، فإذا قال الوصيُّ لليتيم: أنفقتُ عليك كذا من مالِكَ، وذا نفقةُ مثلِكَ، أو قال: ترَكَ أبوك رقيقًا، وأنفقتُ عليه من مالِكَ كذا، أو قال: اشتريتُ لك رقيقًا، وأنفقتُ عليه كذا ومات، وأنكر ذلك الصغيرُ: يُصدَّق الوصيُّ بلا يمينٍ إذا لم يظهَرْ منه خيانةٌ.

(و)الثالثة: (في بيع القاضي مال اليتيم، وادَّعى) القاضي (اشتراطَ البراءةِ من كلِّ عيبٍ)، يعني: فردَّه المشتري على القاضي بالعيب، فقال: أبرَأْتَني، فالقولُ له بلا يمين.

(و)الرابعة والخامسة: (إذا ادَّعى رجلٌ على القاضي إجارةَ مالِ اليتيم) أو الوقف[٢]، فأنكر: لم يُحلَّف؛ لأنه قولَه حكمٌ، وكذا يُقبل قولُه في كلِّ شيءٍ يُدَّعى عليه[٣].

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل الثاني في القضاء في المجتهد فيه (١/ ٢٠).

(٢) كذا في (خ). وليس قوله: (أو الوقف)، في (ع). وفي «غمز العيون» و«عمدة ذوي البصائر»: (مال وقف أو يتيم).

(٣) في هامش (خ): (قال المحشي أبو السعود: عبارة «القنية»: ادعى رجل قبله إجارة أرض لليتيم، وأراد تحليفه: لم يحلف؛ لأن قوله على وجه الحكم، وكذا في كل قول يدعى عليه، انتهى. ومنه يعلم ما في عبارة المصنف؛ فإن صاحب «القنية» لم يصرح بالوقف، فكأن المصنف قاسه على أرض اليتيم، ولم يعبر صاحب «القنية» بالمال، وإنما عبر بالأرض، والمال أعم منها، انتهى، «حموي». =

(و)السادسة: (فيما إذا ادَّعى الموهوبُ له هلاكَ العين) الموهوبةِ عند إرادة الواهبِ الرجوعَ، (واختلفا)، أي: الواهبُ والموهوبُ له، (في) اشتراطِ (العِوَض)، بأن قال الواهبُ: شرطتُّ العِوَض، وأنكَره الآخرُ: فالقولُ له بلا يمين.

(و)السابعة: (في قول العبد) للبائع: (أنا مأذونٌ)، يعني: إذا اشترى العبدُ شيئًا، فقال البائع: أنت محجور، وقال العبد: أنا مأذونٌ، فالقول له بلا يمينٍ[1].

(و)الثامنة: (الأبُ في مقدار الثمن، إذا اشترى لابنه الصغيرِ) دارًا، (واختلف الأبُ مع الشفيع في مقداره): فالقولُ للأب بلا يمين؛ لأنه يُنكِر حقَّ التملُّك للشفيع فيما يدَّعِي، ولا يتوقَّف ذلك على تصديق الصغير، وتندفِع عنه اليمينُ لأن الملك وقَع للصغير بنفس الإقرار، فلا يُحلَّف.

(و)التاسعة: (فيما إذا) اشترى الأبُ دارًا، و(أنكَر الأبُ شراءَه لنفسه، وادَّعاه لابنه)، وادَّعى الشفيعُ الشِّراءَ لنفسه: لا يُحلَّف الأبُ.

(و)العاشرة: (فيما يدَّعيه المُتولِّي من الصَّرْف) على الوقف أو ضَياعِ الغلَّة، وكذا الوصيُّ ونحوُه من الأُمَناء، فإنه يُقبل قولُهم في ذلك بلا يمين، إلا إذا اتُّهِم، ولم يُدَّعَ عليه بشيءٍ مُعيَّنٍ، أو لم يكُن هناك مُنكرٌ، كما في «الإسعاف»[2] و«البحر»[3].

= قوله: لأن قوله على وجه الحكم، أي: قول القاضي له: آجرتها منك، حين ادعى عليه إجارتها: بمنزلة الحكم، انتهى كلام «أبي السعود»).

(١) في (ع): (مع اليمين)، وليس بصحيح.

(٢) الذي في «الإسعاف»، باب إجارة الوقف ومزارعته ومساقاته (ص ٦٨): «ولو قال المتولي: قبضت الأجرة ودفعتها إلى هؤلاء الموقوف عليهم، وأنكروا ذلك: كان القول قوله مع يمينه، ولا شيء عليه».

(٣) قال في «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٩): «ولا يستحلف الأب في مال الصبي، ولا الوصي في مال اليتيم، ولا المتولي للمسجد والأوقاف، إلا إذا ادُّعي عليهم العقد، يستحلفون حينئذ».

وزاد الحصكفي في «شرح الملتقى» نيِّفًا وخمسين مسألةً، [قال:]

«أحببتُ إلحاقَها تتميمًا للفائدة، وقد اقتصر أربابُ المتون في عدم الاستحلاف عنده على الأشياء التسعة، وفي «البحر» عن «الخانية» أنه لا يُحلَّف المنكر في إحدى وثلاثين مسألةً، بعضُها مُتَّفقٌ عليه، وبعضُها مُختلَفٌ فيه[١]، فذكَر سَرْدًا التسعةَ» - وهي: النكاح، والرجعة، والفيءِ، والاستيلاد، والرِّقّ، والنَّسب، والوَلاء، والحدِّ، واللِّعان، **والفتوى** على أنه يُحلَّف فيها، وهو قولهما، كما في «التنوير»[٢] - والثامنة: «في تزويج البنت صغيرةً أو كبيرةً عنده، وعندهما: يُستحلَفُ[٣] الأب في الصغيرة، وكذا في تزويج المولى أمتَه، خلافًا لهما.

وفي دعوى الدائنِ الإيصاءَ، فأنكَره: لا يُحلَّف، وفي دعوى الدَّين على الوصيِّ، وفي دعواه على الوكيل، وفيما إذا كان في يد رجل شيئًا، فادَّعاه رجلان، كلٌّ الشراءَ منه، فأقرَّ لأحدهما وأنكَره للآخَر: لا يُحلِّفه، وكذا لو أنكَرهما، فحُلِّف لأحدهما، فنكَل له وقُضِي عليه: لم يُحلَّف للآخر.

وفيما إذا ادَّعيا الهبةَ مع التسليم من ذي اليد، فأقرَّ لأحدهما: لا يُحلَّف للآخَر، وكذا لو نكَل لأحدهما: لا يُحلِّفه الآخَرُ.

وفيما إذا ادَّعى كلٌّ منهما أنه رهَنه وقبَضه، فأقرَّ [به] لأحدهما، أو حُلِّف لأحدِهما ونكَل[٤]: لا يُحلَّف للآخر.

وفيما إذا ادَّعى أحدُهما الرهنَ والتسليمَ، والآخَرُ الشِّراءَ، فأقرَّ بالرهن وأنكر

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٩).

(٢) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الدعوى (ص ٥١٣).

(٣) في النسخ: (لا يستحلف). والمثبت من «الدر المنتقى».

(٤) في النسخ هنا زيادة قوله: (للآخر)، وليست هذه الزيادة في «الدر المنتقى»، ولعل الأولى إسقاطه.

البيعَ: لا يُحلَّف للمشتري. ولو ادَّعى أحدُ هذَين الرَّجُلَين الإجارةَ، والآخَرُ الشِّراءَ، فأقَرَّ بها وأنكَره للآخر: لا يُحلِّفه، ويُقال لمُدَّعيه: إن شِئتَ فانتظِرْ انقضاءَ المُدَّة، وإن شئتَ فافْسَخْ.

وفيما إذا ادَّعى أحدُهما الصدقة والقبضَ، والآخَرُ الشراءَ، فأقرَّ لأحدهما: لا يُحلَّف، بخلاف ما لو ادَّعى كلٌّ منهما على ذي اليد الغصبَ منه، فأقرَّ لأحدهما أو حُلِّف لأحدهما فنكَل: يُحلِّفه الثاني، كما لو ادَّعى كلٌّ منهما الإيداعَ، فأقرَّ لأحدهما: يُحلَّف للثاني، وكذا الإعارة، ويُحلَّف: ما له عليك كذا ولا قيمتُه، وهي كذا وكذا.

وفيما إذا ادعى البائعُ رضا مُوكِّلِه بالعيب: لم يُحلَّف وكيلُه.

وفيما إذا أنكَر توكيلَه له بالنكاح.

وفيما إذا اختلف الصانعُ والمُستصنِعُ في المأمور به: لا يمينَ على واحد منهما، وكذا لو ادَّعى الصانعُ على رجل أنه استصنَعه في كذا، فأنكر: لا يُحلِّفه.

الحادية والثلاثون: لو ادَّعى أنه وكيلٌ عن الغائب بقبضِ دينِه وبالخُصومة، فأنكَر: لا يستحلِفه المديونُ على قوله، خلافًا لهما، وقال الحلواني: يُستحلَف في قولهم جميعًا.

ويُزاد: البائعُ إذا أنكَر قيامَ العيب للحال: لا يُحلَّف عند الإمام، ولو أقرَّ لزمه، كما في خيار العيب.

والشاهد إذا أنكَر رُجوعَه لا يُحلَّف، ولو أقرَّ به: ضمِن ما تلِف بها.

والسارقُ إذا أنكرها: لا يُستحلَف للقطع، ولو أقرَّ بها: قُطع.

ولا يُستحلَف الأبُ في مال الصبيِّ، ولا الوصيُّ في مال اليتيم، ولا مُتولِّي

المسجدِ، ولا ناظرُ الأوقاف، إلا إذا ادُّعِي عليهم العقدُ، فيُستحلفون حينئذ، ذكره الإسبيجابي.

ولو كان في يد رجلٍ غلامٌ، أو جاريةٌ، أو ثوبٌ ادَّعاه رجلان، فقدَّماه إلى القاضي، فحلَّفه أحدُهما، فنكَل عن اليمين، فقضَى له القاضي، ثم أراد تحليفه الآخرُ، فإن ادَّعى ملكًا مُرسَلا، أو شراءً من جهةٍ: لم يكُن له أن يُحلِّفه، فإن ادَّعى عليه الغصبَ: فله تحليفُه؛ لأنه لو أقرَّ بالغصب: يجب عليه الضمانُ، كذا في «النوازل».

وفيما إذا ادَّعى السارقُ أنه استهلَك المسروقَ، وربُّه[1] أنه قائمٌ عنده: لا يُحلَّف، سواء كان بعد القطع أو قبله.

وفيما إذا ادُّعِي عليه أنه وصيُّ فلان الميِّتِ، وأنكَر: لا يُحلَّف، وكذا لو ادُّعِي عليه أنه وكيلُ فلان، فأنكر.

وفيما إذا اشترى عبدٌ من عبدٍ، فقال أحدُهما: أنا محجورٌ، وقال الآخر: أنا وأنت مأذونٌ لنا: فالقول له، ولا يُحلَّف.

وفيما إذا طالَب أبو الزوجة زوجَها بالمهر، فله ذلك لو صغيرةً أو كبيرة [بكرًا]، ولو اختلَف الزوجُ مع الأب في بكارتِها ولا بيِّنةَ للزوج: لا يُحلَّف الأب على العلم بذلك.

وفيما إذا اشترى أمَةً، فادَّعى أن لها زوجًا، فقال البائع: كان لها زوجٌ عبدي، فطلَّقها قبل البيع أو مات: فالقولُ له بلا يمين.

وفيما لو طعن المُدَّعى عليه في الشاهد، وقال: هو ادَّعى هذه الدارَ لنفسه قبل شهادته، فأنكر، فأراد تحليفَه: لا يُحلَّف.

وفيما لو كان لرجل على رجل ألفُ درهم، فأقرَّ بها، ثم أنكَر إقرارَه، هل يُحلَّف

---

(١) أي: وادعى رب المسروق.

بالله ما أقررتَ؟ قال الدبوسي: نعم، وقال الصفَّار: لا، وإنما يُحلَّف على نفس الحقِّ.

وفيما لو كانت التَّرِكة مُستغرِقةً بدُيون جماعةٍ بأعيانِهم، فجاء غريمٌ آخرُ، وادَّعى دَينًا لنفسه على الميِّت، والخصمُ هو الوارث، لكنه لا يُحلَّف؛ لأنه حينئذ لو أقرَّ له: لم يُقبل، فلم يُحلَّف، كما في «مجمع الفتاوى».

وفيما لو دفع مالًا لآخرَ ثم اختلفَا، فقال: قبضتُه وديعةً، وقال الدافع: بل لنفسك، لا يُحلَّف المُدَّعى عليه، والقولُ قولُ ربِّ المال أنه أقرَّ بسبب الضمان، وهو قبضُ مالِ الغير.

وفيما لو قدَّم رجلا للقاضي وقال: إن فلان بن فلان الفلانِيَّ تُوفِّيَ، ولم يترك وارثًا غيري، وله على هذا كذا وكذا من المال، فأنكَر المُدَّعى عليه دعواه، فقال الابن: استحلِفْه ما يعلم أني ابنه وأنه مات، لم يُحلَّف، بل يُبَرهِنُ الابنُ عليها، ثم يُحلِّفه على ما يدَّعي لأبيه من المال، وقيل: يُستحلَف على العلم، وهو **الصحيح**.

وفيما لو ادَّعى عليه ألفَ درهم، فقال المُدَّعى عليه للقاضي: إنه قد كان ادَّعى عليَّ هذه الدعوى عند قاضي بلدِ كذا، ثم خرج من دعواه ذلك فأبرَأني من هذه الدعوى، فحلِّفْه أنه لم يُبْرِئْني منها، فإن حلَف حلَفتُ له ما له عليَّ شيءٌ: اختلَف التصحيحُ، و**الصحيحُ** أنه يُحلَّف على هذه البراءة، كما في «الولوالجية»[(١)].

وفيما لو أنَّ رجلا ادَّعى على رجل أنه خرَق ثوبَه، وأحضَر الثوبَ معه للقاضي، وأراد استحلافَه على السبب: لا يُحلَّف[(٢)]»[(٣)]، انتهى.

فهذه نيِّفٌ وسِتُّون، فلتُحرَّر.

---

(١) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى (٤/ ٨٧).

(٢) على السبب.

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الشركة (٢/ ٥٥٧ ـ ٥٦٠).

[فائدة: المَقضِيُّ عليه في حادثةٍ لا تُسمع دعواه ولا بيِّنتُه، إلا في مسائل]

(المَقضِيُّ عليه) قضاءَ إلزام (في حادثةٍ لا تُسمع دعواه) في تلك الحادثة، (و)لا تُقبل (بيِّنتُه، إلا إذا ادَّعى المَقضِيُّ عليه تلقِّي الملكَ من المُدَّعي بعد القضاء) بالنُّكول: فإنها تُسمع وتُقبل بيِّنتُه، كما «قيَّده في «التاتارخانية»، حيث قال: «ادَّعى عبدًا في يد رجل، فجحَد المُدَّعى عليه، فاستُحلِف، [فنكَل]، فقُضِي عليه بالنُّكول، ثم إن المَقضِيَّ عليه أقام بيِّنةً أنه كان اشترى هذا العبدَ من المُدَّعي قبل دعواه: لا تُقبل هذه البيِّنةُ، إلا إذا شهدوا أنه اشتراه منه بعد القضاء»[1]، انتهى.

لكن ذكر في موضع آخر أن المُدَّعى عليه لو قال: كنتُ اشتريتُه منه قبل الخصومة، وأقام البيِّنةَ: قُبلت بيِّنتُه، ويُقضَى له»، «بيري»[2].

وقيَّدنا القضاءَ بالإلزام؛ لأن قضاء الترك تُسمع دعواه وبيِّنتُه، ويصير مَقضِيًّا له بعد ذلك في تلك الحادثة.

بيانُ ذلك: أن مَن له نَهْرًا في أرضِ غيره، فليس له حريمٌ عند أبي حنيفة، إلا أن يُقيم بيِّنةً على ذلك، وقالا: له مُسَنَّاةُ النهر، يَمشِي عليها ويُلقي عليها طِينَه.

وأصل هذه المسألة: أن مَن حفَر نهرًا في أرضٍ مَوَات بإذن الإمام في موضعٍ لا حقَّ لأحدٍ فيه: فلا يَستحِقُّ له حريمٌ، وعندهما: يَستحِقُّ حريمًا من الجانبَين.

---

(١) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الدعوى، الفصل التاسع عشر فيما يقع به التناقض في الدعوى (١٣/ ٢١٦).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٨٥).

[مطلب: في الفرق بين قضاء التَّرْك وقضاء الإلزام]

وإذا ثبت من أصلهما أن صاحب النهر يستحِقُّ الحريمَ: فعند المُنازَعة الظاهرُ شاهدٌ له، وعنده: لمَّا لم يستحِقَّ للنهر حريمًا: فالظاهرُ شاهدٌ لصاحب الأرض، والقضاء في موضع هذه المسألة قضاءُ تركٍ، بمعنَى: أنه إذا قضَى لا يخلُو: إما أن يَقضِيَ بتركه في يدِ صاحب الأرض، كما هو مذهبُ الإمام، أو بتركه في يد صاحب النهر، كما هو مذهبُهما، لا قضاءُ إلزام؛ إذا الفرقُ بينهما بيِّنٌ؛ إذ الفرق بين قضاء الترك وبين قضاء الإلزام أن في قضاء الإلزام من صار مَقضِيًّا عليه في حادثة: لا يصير مَقضِيًّا له بعد ذلك في تلك الحادثة أبدًا، وفي قضاء الترك يجوز، ولهذا لو أقام صاحبُ النهر بيِّنةً بعد هذا على أن المُسنَّاة مِلكُه: تُقبل بيِّنتُه، ولو كان قضاءَ ملك، أي: إلزام، لما قُبِلت بيِّنتُه.

(أو) ادَّعى (النَّتاج)، أي: ولادتَه، في ملكه، أو في ملك بائعِه، أو مُورِّثه، ولا يترجَّح نَتاجٌ في ملكه على نَتاجٍ في ملكِ بائعه، كما هو الظاهر من كلامهم، ولا يشترط أن يشهَدوا أن أُمَّه في ملكه، لكن لو شهدت بيِّنةٌ بذلك دون أُخرى: قُدِّمت عليها.

وصورة دعوى النَّتاج: ادَّعى رجلٌ على ذي اليد ملكًا مطلقًا، وأقام بيِّنةً على ذلك، وقُضِي بها على ذي اليد، ثم أقام ذو اليد بيِّنةً على النَّتاج: تُقبل، وينتقِض بها القضاءُ الأوَّلُ، ويكون ذلك بمنزلة نصٍّ ظهر مُخالفًا للقضاء، فحينئذ ينتقِض به القضاءُ المخالفُ للنصِّ.

(أو) إذا (برهَن المَقضِيُّ عليه على إبطال القضاء) مثلا، (أو) ادَّعى الوصيُّ عقارًا للصغير في يد رجل، فقال ذو اليد: باعَه منِّي وصيُّ القاضي قبلَك بثمنِ المثلِ

للحاجة إلى قضاء الدَّين، وقال الوصيُّ: نعم؛ ولكن وقع البيعُ باطلا؛ لأنه باع بغَبْن فاحش، وأقام بيِّنةً على ذلك[١]: تُسمع.

[مطلب: في الدفع ودفع الدفع]

(والدفعُ بعد القضاء بواحدٍ) مما (ذُكِر) من المسائل الثلاث[٢] (صحيحٌ)، (وينتقِض القضاءُ) الأوَّلُ به.

(وكما يُسمَع الدفعُ قبلَه)، أي: قبل القضاء، (يُسمَع بعده)، لكن إنما يُسمَع بعده (بهذه الثلاثِ)، أي: فيها، وسيجيء أنه يُسمَع بعده إلا في المُخمَّسة، قال في «القنية»: «كلُّ دفعٍ يُسمَع قبل القضاء يُسمَع بعده».

وفي «البزازية»: «وكما يصحُّ الدفعُ بعد البرهان يصحُّ قبل إقامته، وكذلك يصحُّ قبل الحكم كما يصحُّ بعده»[٣]، انتهى.

فهذا يُفيد عدمَ التقييد بالثلاث، فتأمَّل.

وفي «البزازية»: «قضى على المُدَّعي ببُطلان دعواه ببُرهان المُدَّعى عليه على دفع صحيحٍ، ثم أعادَ الدعوى عند حاكم آخر: لا يحتاج إلى إعادة الدفع، وليس للحاكم الثاني إبطالُ الحكم الأوَّل إن ثبت عنده»[٤].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وأقام بينة على ذلك، أي: أقام الوصي المدعي، كما هو ظاهره).

(٢) في هامش (خ): (قوله: من المسائل الثلاث، وهي: إقامة البرهان على إبطال القضاء، أو على النتاج، أو على تلقي الملك من المقضي له، انتهى).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض (٥/ ٣٨٤).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض (٥/ ٣٣٦).

وفي «المحيط»: «كما أن دفعَ الدعوى صحيحٌ، فكذلك دفعُ الدفع، ودفعُ دفعِ الدفع، وما زاد على ذلك فهو صحيحٌ على المُختار»، انتهى، كما لو ادَّعى دارًا في يد رجل ملكًا مطلقًا، وأقام بيِّنةً، فقُضِي له، ثم قال المُدَّعى عليه في دفع الدعوى: إني كنتُ اشتريتُ هذه الدار من هذا المُدَّعي، فقال في دفع دعوى المُدَّعى عليه: كُنَّا أَقَلْنا البيعَ بيني وبين هذا المدَّعى عليه: فهذا دفعٌ صحيح.

[فائدة: تُسمع الدعوى بعد القضاء بالنُّكول]

(وتُسمع الدعوى بعد القضاء بالنُّكول)، فلو اشترى عبدًا، ثم ادَّعى به عيبًا، فاستحلف البائع، فنكَل، فقُضِي عليه بالنُّكول، ثم إن البائع أقام بيِّنةً على أن المشتري قد أبرَأه من هذا العيب: تُقبل بيِّنتُه، لكن ما قاله المُصنِّف مخالفٌ لما في «الخانية» من أنه «لو ادَّعى عبدًا في يد رجل أنه له، وجحَد المدعى عليه، فاستحلفه فنكَل، وقُضِي عليه بالنُّكول، ثم إن المَقضِيَّ عليه أقام بيِّنةً على أنه كان اشترى هذا العبدَ من المُدَّعي قبل دعواه: لا تُقبل هذه البيِّنةُ، إلا أن يشهدوا أنه كان اشتراه منه بعد القضاء»[١]، انتهى، فتأمل.

[فائدة: التناقُض في الدعوى غيرُ مقبولٍ، إلا فيما كان محلَّ الخَفاء]

(التناقُض) في الدعوى (غيرُ مقبولٍ، إلا فيما)، أي: في تناقُض، (كان محلَّ الخَفاء).

(ومنه)، أي: من التناقُض في محلِّ الخَفاء، (تناقُض الوصيِّ والوارث، كما في «الخانية»[٢]). فلو مات رجلٌ، وقُسمت تركتُه، وأُعطِي للزوجة ما يخُصُّها، مع

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب ما يبطل دعوى المدعي (٢/ ٤٣٩).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، أواخر فصل في الدعوى تخالف الشهادة وما يصير به متناقضا (٢/ ٣٧٧).

إقرار الوصيِّ والورَثة ـ وهم كبارٌ ـ أنها زوجتُه، ثم وجَدوا شُهُودًا على أنه كان طلَّقها ثلاثًا، فإنهم يرجعون عليها بما أخَذت من الميراث؛ لأنه تناقُضٌ يجري فيه الخفاءُ.

ومنه: الإقرار بالرَّضاع، فلو قال: هذه أرضعَتني، ثم اعترف بالخطأ: يُصدَّق، وله أن يتزوَّجها بعد ذلك إذا لم يثبُت على إقراره، بأن قال: هو حقٌّ وصدقٌ، أو كما قلتُ، أو أشهَد عليه شُهودًا.

ومنه: أدَّى بدلَ الكتابة، ثم ادَّعى العتقَ قبل الكتابة؛ لأنه يخفَى.

ومنه: استأجر دارًا، ثم ادَّعى ملكها على المُؤجِّر، وأنها صارت له ميراثًا عن أبيه.

ومنه: استأجر ثوبًا مَطويًّا في جِرابٍ أو منديل أو غير ذلك، فلما نشَره ادَّعى أنه له: تُسمع دعواه وتُقبل بيِّنتُه في هذه المسائل على **المُفتَى** به.

وهل يُشترَط في صحَّة سَماع الدعوى إبداءُ المُدَّعي العُذْرَ عند القاضي، أو لا يشترط، ويَكتفِي القاضي بإمكان العُذر والتوفيق؟ قال البيري: «و**الصحيحُ** الاكتفاءُ بإمكان التوفيق إن كان وجهُ التوفيق ظاهرًا، وإن كان خفيًّا: لا بد من توفيقه[١]».

وفي «البزازية»: واختار الخجندي أن التناقُض إن كان من المُدَّعي: لا بد من التوفيق بالفعل، وإن كان من المدَّعى عليه: يُكتفَى بالإمكان؛ لأن الظاهر عند الإمكان وجودُه، والظاهر حجَّةٌ في الدفع، لا [في] الاستحقاق، [والمدَّعي مستحِقٌّ]، والمدَّعَى عليه دافع[٢].

---

(١) ليس هذا في «عمدة ذوي البصائر»، وإنما فيها في الجواب عن السؤال المذكور نقلا عن ابن الغرس: «والذي ينبغي اشتراط ذلك (أي: إبداء المدعي العذر عند القاضي)، حتى ينتفي ظاهر التناقض، وتسلم الدعوى من المعارضة».

(٢) والظاهر يكفي في الدفع، لا في الاستحقاق. ويقال أيضا: إن تعدد الوجوه لا يكفي الإمكان، وإن =

وفي «الظهيرية»: كان والدي يُفتي بأن التوفيق إذا كان مُمكنًا: يجب على الحاكم التوفيقُ؛ لئلَّا تتعطَّل حُجَجُ الشرع. والتوسُّط في هذا: أن وجهَ التوفيق إن كان ظاهرًا مُتبادِرًا: يجب أن تُسمع البيِّنةُ بلا توفيقِ المدَّعِي، وإن كان مُتكلَّفًا لا يعتبره القاضي [واقعًا] ما لم يذكُرْه.

وشرَط في «المُشرع» أن يكون التوفيقُ في غير مجلس الحكم[1]، وإنْ فيه: لا يُسمَع.

وفي «البزازية»: إن التناقُض إنما يتحقق إذا كان كلا الدعوتَين عند القاضي. وأما من شرط أن يكون الثاني عند القاضي يكتفي في تحقُّق التناقض بأن يكون الثاني عند القاضي[2]، وهو الذي اقتصر عليه في «الأجناس».

وظاهرُ ما في «المحيط الرضوي» خلافُ ذلك، فإنه قال: كلُّ ما ثبت عند الحاكم من تعارُض القولين المُتضادَّين المُتناقضَين من المدَّعي في الدعوى: منَع سَماع الدعوى، كما لو ثبت عنده اختلافُ القولين من الشهود[3]، وكلُّ قولَين أمكَن

= اتحد يكفي الإمكان. انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض (٥/ ٣٢٣).

(١) في هامش (خ): (قوله: وأن يكون التوفيق في غير مجلس الحكم، بأن قام عن مجلس الحكم، ثم جاء وادعى التوفيق وأعاد البينة: تسمع. فأما إذا لم يقم عن مجلس الحكم، فدعوى التوفيق غير مسموعة، كذا قرره البيري نقلا عن «البدائع»).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض (٥/ ٣٢٠).

(٣) لأن الحكم يستند إلى موافقة الدعوى والشهادة، فكل ما أثر في قدم الشهادة فكذلك في الدعوى. كذا في «البيري».

التوفيقُ بينهما: لا يَمنع سَماعَ الدعوى والشهادة؛ تصحيحًا للكلام، وصَونًا له عن الإلغاء، انتهى.

والتناقُض يرتفع بتصديق الخصم، أو تكذيبِ الحاكم، كما إذا اشترى جاريةً [وقبَضها]، ثم باعَها[1]، فادَّعى المشتري أن بها عيبًا، فأنكر المشتري الأوَّلُ قيامَ العيب عند نفسه، فأثبَته المُدَّعي وردَّها القاضي عليه: كان له أن يَرُدَّها على البائع، ولا يعتبر إنكارُ العيب عند نفسه»، «بيري»[2].

[فائدة: الشهادة إذا بطلت في البعض بطلت في الكل، إلا في مسائل]

(**الشهادة إذا بطَلت في البعض**)، أي: بعض المشهود عليه، (**بطَلت في الكُلِّ**)، أي: كلِّه عند محمد، وعند الثاني: يجوز أن تبطُل في البعض وتبقى في البعض. فلو شهِدا بقذفِ أُمِّهما وفلانة: لا تُقبل، ولو ادَّعى أخٌ وأُختٌ أرضًا، وشهِد زوجُها وآخرُ: تُرَدُّ شهادتُهما في حقِّ الأخ والأُخت[3].

وفي «روضة القضاة»: إذا شهد لمن لا تجوز له شهادتُه ولغيره: لا تجوز لمن لا تجوز له اتفاقًا، واختُلف في حقِّ الآخر، انتهى.

وشهادةُ الشريك له في غير الشركة جائزٌ، وفيها لا.

(**كما هو**) مذكورٌ (**في شهادة «الظهيرية»، إلا**) في مسألة وهي: (**إذا كان عبدٌ**) مُشتَرَكٌ (**بين مُسلم ونصرانيٍّ، فشهِد نصرانيَّان عليهما**)، أي: المسلم والنصراني، (**بالعتق**) للعبد: (**فإنها تُقبل في حقِّ النصراني فقط**)، أي: دون المسلم؛ لعدم صحَّة شهادتِهما عليه، (**كما هو**) مذكورٌ (**في كتاب العَتاق منها**)، أي: من «الظهيرية».

---

(١) من آخر وقبَضها.

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٨٧ ـ ٨٨).

(٣) فإن الشهادة متى رُدَّ بعضُها تُرَدُّ كلها. كذا في هامش (خ).

ويُزاد عليها ثانية: لقطةٌ في يد مسلم وكافِر، فأقام صاحبُها شاهدَين كافرَين عليها: تُسمع على الكافر خاصَّة.

وثالثة: مات كافرٌ، فاقتَسم ابناه تركتَه، ثم أسلَم أحدُهما، ثم شهد كافران على أبيه بدَين: قُبِلت في حصَّة الكافر خاصَّة.

ورابعة: شهِد كافران بسرِقة ثوبٍ على كافر ومسلِم: لا تُقبل في القطع، ويُقضَى على الكافر بنصف الثوب.

[فائدة: بينة النفي غير مقبولة، إلا في مسائل]

(بيِّنةُ النفي غيرُ مقبولةٍ)؛ لأنها وُضِعت لإثباتِ خلافِ الظاهر، والظاهرُ العدم.

(إلا في عشرٍ) مسائلَ:

الأُولى: (فيما إذا علَّق طلاقَها على عدم شيءٍ)، كأن قال لها: إن لم تدخُلي الدارَ فأنتِ طالق، (فشهِدا بالعدم)، أي: عدم دخولها الدارَ: فإنها تُقبل؛ لأنها قامت على نفي شيءٍ أحاطَ به علمُ الشاهد، وإنها وإن كانت على نفيٍ صورةً، إلا أنها على إثبات الطلاق حقيقةً.

ومثلُها: ما لو علَّق عتقَ عبدِه على عدم دخول الدار، فشهِدا به: تُقبل، وما لو علَّق عتقَها على ضربِها بغير جناية، فبرَهَنت على ذلك: فإنها تُقبل، كما في «جامع الفصولين»[1]؛ لأن الشرط يجوز إثباتُه بالبيِّنة، ولو كان نفيًا.

---

(١) قال فيه (١/ ١٢٦): «الشرط يجوز إثباته ببينة، ولو كان نفيا، كما لو قال لقنه: إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر، فبرهن القن أنه لم يدخله: يعتق. قيل: فعلى هذا، لو جعل أمرها بيدها إن ضربها بغير جناية، ثم ضربها، وقال: ضربتها بجناية، وبرهنت أنه ضربها بغير جناية: ينبغي أن تقبل بينها وإن قامت على النفي؛ لقيامها على الشرط».

ويَرِدُ عليه ما في «الكنز»: عبدُه حُرٌّ إن لم يحُجَّ العامَ، فشهِدا بنَحْره بالكوفة: لم تُقبل، ولم يعتِقْ عندهما، خلافًا لمحمد، وعلَّلوه بأنها شهادةُ نفيٍ، يعني: فهذا يدلُّ على أن شهادة النفي لا تُقبل على الشرط.

وفي «الجوهرة»: «إن الشهادة على الشرط في النفي إن كانت تدخل تحت القضاء، كما في مسألة العتق، بخلاف مسألة «الكنز»، فإن الأضحية لا تدخل تحت القضاء»[١]، تأمل.

(و)الثانية: (فيما إذا شهِدا أنه أسلَم ولم يَستَثْنِ): تُقبل، يعني: لو شهد اثنان أنه أسلم واستثنَى، وآخَران أنه أسلم ولم يستثنِ: تُقبل بيِّنةُ إثبات الإسلام[٢].

(و)الثالثة: (فيما إذا شهِدا أنه قال: المسيحُ ابنُ الله، ولم يقُلْ: قولُ النَّصارى، أي: لو ادَّعت عليه زوجتُه أنه قال: المسيحُ ابنُ الله، وكفَر وحرُمت، ولم يقُلْ: قولُ النَّصارى، يعني: موصولا، وقال: قلتُ: قولُهم، يعني: موصولا، فشهِدا أنه لم يقُلْ: قولُهم، تُقبل، ويُقضَى بالفُرقة؛ لأنها شهادةٌ على أمر وُجوديٍّ، وهو السُّكوت؛ لأنه ضمُّ الشَّفتَين... إلى آخره[٣].

---

(١) قال في «الجوهرة النيرة»، كتاب الشهادات، قبيل الشهادة على الشهادة (٢/ ٢٣٤): «إذا قال لعبده: إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر، فشهد شاهدان أنه لم يدخل: قبلت شهادتهما، ويقضى بعتقه؛ لأن الشهادة على الشروط في النفي مسموعة، وإنما قال: إذا كان يدخل تحت القضاء؛ لأن الرجل إذا قال: إن لم أحج هذا العام فعبدي حر، فشهد شاهد أنه ضحى بالكوفة: لم يعتق عندهما؛ لأنها قامت على النفي، والتضحية مما لا يدخل تحت القضاء. وقال محمد: يعتق؛ لأنها قامت على أمر معلوم».

(٢) كذا في (ع). وفي (خ): (الكلام). قال في «غمز العيون» (٢/ ٣٣٤): «إنما قبلت بينة الإسلام، وإن كان فيها نفي؛ لأن غرضها إثبات إسلامه، كما في «معين الحكام»».

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في البيع والشراء والتزويج (٤/ ٣٨٦).

وفي «جامع الفصولين»: «قالا: سمِعناه يقول: المسيحُ ابنُ الله، ولم نسمَعْ منه غيره: لا تُقبل»(١).

«والفرق: أن ترتُّبَ الحكم على الأوَّل من بَينُونةِ امرأته دون الثاني لجواز أنه قال: قولُ النصارى، ولم يسمَعوا، والنكاح ثابتٌ بيقين، فلا يزُول بالشكِّ»(٢)، انتهى.

(و) الرابعة: (فيما إذا شهِدوا بنَتاج الدَّابَّة عنده، ولم تزَلْ على ملكه): فإنها تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على النفي صورةً، وعلى الإثبات معنًى؛ لأن نفيَ النفي إثباتٌ.

واختار صاحبُ «الهداية» عدمَ قبول الشهادة على النفي مطلقًا، وإن أحاط به علمُ الشاهد، إلا في هذه المسألة(٣)؛ لما علمت.

(و) الخامسة: (فيما إذا شهدا بخُلْعٍ أو طلاق، ولم يَستثنِ): فإنها تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على أمر وُجوديٍّ، وهو ضمُّ الشفتَين.

(و) السادسة: (فيما إذا آمَن الإمامُ أهلَ المدينة، فشهدا أن هؤلاء لم يكُونوا

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، أواخر الفصل الثاني عشر فيما تسمع فيه الشهادة بلا دعوى وفي الشهادة بالتسامع (١/ ١٢٦).

(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٣٤).

(٣) قال في «الهداية» (٥/ ١٨٦): «ومن قال: عبدي حر إن لم أحج العام، وقال: حججت، وشهد شاهدان أنه ضحَّى العام بالكوفة: لم يعتق عبده، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يعتق؛ لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم، وهو التضحية، ومن ضرورته انتفاء الحج، فيتحقق الشرط. ولهما: أنها قامت على النفي؛ لأن المقصود منها نفي الحج، لا إثبات التضحية؛ لأنه لا مطالب لها، فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج العام. غاية الأمر: أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به، ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا».

فيها وقتَ الأمان: تُقبل)؛ لأنهما قرَّرا حكمَ الأصل فيهم للأمان، وقيَّده[١] في «البزازية» بما إذا كان الشاهدانِ من غيرهم[٢].

(و)السابعة: (إذا شهِدا أن الأجل لم يُذكَر في عقد السَّلَم): فإنها تُقبل، يعني: ادَّعى أن السَّلَم فاسدٌ؛ لأنه لم يُذكَر فيه الأجلُ، وأقام بيِّنةً: تُقبل؛ لأنها قامت على الشرط.

(و)الثامنة: (في الإرث إذا قالوا: لا وارِثَ له غيرُه): فإنها تُقبل؛ لأن المقصود منها إثباتُ جميع المال له.

(و)التاسعة: (فيما إذا شهدوا أن الظِّئْر أرضَعت الطِّفلَ بلبَن الشاة، لا بلبَن نفسِها): فإنها تُقبل؛ لدُخول النفي في ضمن الإثبات، حتى لو اقتصر على «لا بلبَن نفسها»: لا تُقبل.

(و)العاشرة: قوله فيما تقدَّم: أو طلاق[٣]، و(تُقبل بيِّنةُ النفي المُتواتِر، كما في «الظهيرية» و«البزازية»)؛ لأنها لو رُدَّت: لزم ردُّ الضروريات، «بزازية»[٤].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وقيده، كذا نقلها الحموي عن «البزازية»، ومثله في «الواقعات»، وكذا بعض الفضلاء من شراح «الأشباه». قال العلامة أبو السعود: وانظر ما وجه التقييد به، انتهى. وقد خطر لي قبل رؤيته. وشارحنا ينقل الكلام، ولا ينظر أدنى نظرة، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا، إنك أنت العزيز الحكيم).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الجنس الثاني فيما يقبل، آخر نوع في الشهادة على النفل (٥/ ٢٦٤).

(٣) كذا في النسخ.

(٤) قال فيها (٥/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤): «قال في «المحيط»: إن تواتر عند الناس، وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان: لا يسمع الدعوى عليه، ويقضي بفراغ الذمة، لأنه يلزم تكذيب الثابت، والضروريات مما لا يدخله الشك».

(وفي أيمان «الهداية»: لا فرقَ في الشهادة على النفي بين أن يُحِيط علمُ الشاهد به)، أي: بالنفي، ولو مع التواتُر، (أو لا في عدم القبول تيسيرًا، ذكَره في قوله: عبدُه حرٌّ إن لم يحُجَّ العام، فشهِدا بنَحْره بالكُوفة: لم يعتِق؛ بناءً على أنه نفيٌ معنًى، بمعنى: لم يحُجَّ[(١)]).

وفي «المحبية»:

لـو شهـد صـاح علـى إنسان ... بـأنـه استقـرَض مـن فـلان
كـذا وكـذا يـومَ كـذا في القاهـرةْ ... فأَحضَـر الخصـمُ شُـهودًا ذاكـرة
بـأنـه قـد كـان ذاك اليـوم فـي ... دمياط: لـم تـقبـل، ومـاذا يخفـي
لأن هـذا القـول نفـيٌ معنـى ... وفـي «النـوازل» حكـى مـا قـلنا
لكـنَّ صاحـب «المحيـط» قـد ذكر ... وقـال فـي ذا: إنْ تـواتَـر الخبـر
وعـمَّ النـاسَ جـميعًـا واشتَـهَر ... وصـار واضحًـا جليًّـا وظهَـر
عـدمُ كـون الخصـم فـي ذاك البلـد ... فـي ذلـك الوقـت، ولـم يُنكِـر أحـد
ذلـك، فلـم تُسـمع هـذه الدعـوى ... وقـال بـعضُـهم: عليـه الفتـوى
لأنـه يـلـزم فـي ذي الصـورة ... تـكـذيـبُ الثابـت بالضـرورة

فظهر من هذا أن ما قاله صاحبُ «الهداية»، يعني: على القول الأوَّل، فعنده: ولو كان مُتواتِرًا: لا تقبل؛ لأنها على النفي، فيكون ذكرُه بعد قوله: بيِّنته، في محلِّه، وليس كما زعم المُحشِّي أنها من متعلِّقات ما قبله[(٢)].

---

(١) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الحج والصلاة والصوم (٥/ ١٨٦).

(٢) حيث قال: «أقول: لا محل لذكره هنا، وإنما محله بعد قوله فيما تقدم: شهادة النفي غير مقبولة، كما هو ظاهر». انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٣٦).

[فائدة: القضاءُ محمولٌ على الصحّة ما أمكَن]

(القضاءُ محمولٌ على الصحَّة ما أمكَن[١])، ولو كان مُخالفًا لمذهبه، (ولا يُنقَض بالشكِّ، كذا في شهادة «الظهيرية»)، يعني: ما لم يُتيقَّن فسادُه، أما إذا تيقن فسادُه: فللقاضي الثاني النقضُ.

وفي «جامع الفصولين»: «قضى بخلاف مذهبِه: نفَذ حكمُه عنده، خلافًا لهما»[٢]، ونقل: «ولو قضى بخلاف مذهبه مقلِّدًا لفقيهٍ، ثم تبيَّن أنه خلافُ مذهبه: له نقضُه، لا لغيره عند محمد، وعند أبي يوسف: لا[٣]»[٤].

وقد مرَّت هذه المسائلُ في الفنِّ الأوَّل.

وهذا في غير قُضاةِ زماننا، وأما هم، فليس لهم أن يحكُموا بخلاف صحيح مذهبِهم، كما مرَّ مرارًا؛ للمنع السُّلطانِيِّ، وتقييدُ «الفواكه» القاضيَ بالعدل، مبنيٌّ على أن الفاسق لا يجوز قضاؤُه.

[فائدة: الفتوى على عدم العملِ بعلم القاضي في زماننا]

(الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا)؛ لفسادِ أكثرهم، وهو قول محمد، (كما في «جامع الفصولين»[٥])، وإن استفادَ العلمَ في حال القضاء؛ لاحتمال الغلط، إلا إذا شهد آخرُ معه؛ لزوال التُّهمة. فلو قال القاضي: قضَيتُ على

---

(١) في هامش (خ): (وفي «معين الحكام» نفائس مهمة، فراجعها قبيل فصل: فيما لا ينفذ من أحكام القاضي، وفي الفصل (١٥)).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء في المجتهد فيه (١/ ٢١).

(٣) أي: ليس له نقض ما ليس لغيره نقضه.

(٤) «جامع الفصولين»، بداية الفصل الأول في القضاء في المجتهد فيه (١/ ٢٠).

(٥) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٩).

هذا بالرَّجْم أو القطع، فافعَلْه: ليس لك أن تأخُذ بقوله ما لم تُعاين الحُجَّة. وقيل: لو كان عدلا عالمًا: يُقبل قوله، ولو كان عدلا جاهلا: يُستفسَر، فإن بيَّن شرائطَ الرَّجْم مثلا: وجب تصديقُه، وإن كان جاهلا فاسقًا، أو عالمًا فاسقًا: لا يُقبل قولُه، إلا أن يُعاين سببَ الحكم(١).

ويَرِد عليه ما قاله ابنُ الغرس: إن الفتوى على أن القاضي لا يقضي إلا بما علِمه في حالِ ولايته؛ قال في «خزانة الأكمل»: «رأى القاضي رجلا يبيع أو يشتري، أو يقذِف مُحصَنةً، أو يقتُل رجلا أو يجرَحُه، أو يُطلِّق أو يعتِق، ثم رُفع إليه: فإنه يقضي فيه بعلمه، وهو يُصدَّق فيما يزعُم، بخلاف الحدود، فإنه لا يقضي فيها إلا ببيِّنةٍ. وما علم به ورآه قبل تولية قضائه، أو في غير محلِّ ولايتِه: لا يقضي به في قول أبي حنيفة، وقال الصاحبان: يقضي بعلمه فيما علِم قبل القضاء إلا في الحدود»(٢)، انتهى.

قال شيخُنا: «ويُحمل كلامُ المُصنِّف على اختيار المتأخِّرين، يدلُّ عليه قولُه: في زماننا، وكلامُ ابن الغرس على قول المتقدِّمين»، انتهى.

وفي «جامع الفصولين»: إن محمدًا رحمه الله تعالى قال: القاضي لا يقضي بعلمه، رجَع إلى ذلك آخرَ عُمره، كما رواه ابنُ سَماعة عنه»(٣)، واختاروه للفتوى، فلا يقضي بعلمه في جميع ما ذُكر.

---

(١) انظر: «جامع الفصولين» (١/ ١٩).

(٢) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب أدب القاضي، كتاب (٤/ ٨٢).

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٩).

[فائدة: الفتوى على قول أبي يُوسفَ فيما يتعلَّق بالقضاء]

(الفتوى على قول أبي يوسفَ فيما يتعلَّق بالقضاء، كما في «القنية» و«البزازية»)؛ لحصول زيادة العلم له بالتجربة، ولذا رجع أبو حنيفة عن القول بأن الصدقة أفضلُ من حجِّ التطوُّع لمَّا حجَّ وعرَف مَشاقَّه.

وفي «البيري»: «إن الفتوى على قوله أيضًا في الشهادات، وعلى قول زفر في سبعة عشرة مسألةً حرَّرها[1] في رسالة»[2].

قال شيخنا: «وينبغي أن يكون هذا عند عدم ذكر أهلِ المُتون للتصحيح، وإلا فمعه الحكم لما في المُتون، كما لا يخفى؛ لأنها صارت مُتواتِرة»[3]، انتهى.

[فائدة: مفهومُ كلام الناس ليس بحُجَّة، بخلاف مفهوم الرواية]

(لا يجوز الاحتجاجُ بالمفهوم[4] في كلام الناس)، سواء كان مفهومَ مُخالفة أو موافقة، (في ظاهر المذهب). قال شيخُنا: «وينبغي أن يُستثنى منه كلامُ الواقفين».

(كالأدلَّة)، أي: كما لا يجوز فيها الاحتجاجُ بالمفهوم.

(وما ذكره الإمام محمد في «السير الكبير» من جواز الاحتجاج به)، أي: بالمفهوم في كلام الناس، (فهو خلافُ ظاهر المذهب، كما في الدعوى من «الظهيرية»).

---

(١) أي: البيري.

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٩٥).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٩٥).

(٤) في هامش (ع): (والمراد بالمفهوم ههنا مفهوم الخلاف، وإلا فمفهوم المنطوق معتبر بالاتفاق، على ما في الأصول. ومن أمثلة ما لا يحتج بالمفهوم: ما ذكره في آخر الفصل السابع من «العمادي»: لو قال: إن كان فلان في الدار لذهبت إليه، لا يكون إقرارا بأن فلانا ليس في الدار لا محالة؛ لأنه مفهوم كلامه، وظاهر المذهب عندنا أن المفهوم ليس بحجة، انتهى، «حاشية ازميري»).

(وأما مفهومُ الرواية، فحُجَّة، كما في «غاية البيان» من الحجِّ[١])، وكذا مفهومُ التصنيف[٢]، كما في «أنفع الوسائل»[٣]، وذلك لأن المفهوم فيهما مقصودٌ، بخلاف النصوص.

وفي «القهستاني» عن إجارات «الزاهدي»: «إن مفهوم المخالفة في الرواية اعتبارُه أكثريٌّ[٤]»[٥].

[فائدة: الحقُّ لا يسقُط بتقادُم الزمان]

(الحقُّ لا يسقُط[٦] بتقادُم الزمان[٧]، سواء كان قذفًا، أو قصاصًا، أو حقًّا لعبدٍ، كما في لعان «الجوهرة»[٨]).

---

(١) قال الحموي (٢/ ٣٣٧): «ولا يقال في مفهوم الروايات: ينبغي، بل هو مفهوم عبارة الأصحاب».

(٢) أي: لأن الفقهاء يقصدون بذكر الحكم في المنطوق نفيه عن المفهوم غالبا، كقولهم: يجب الجمعة على كل ذكر حر بالغ عاقل مقيم، فإنهم يريدون بهذه الصفات نفي الوجوب عن مخالفها، ويستدل به الفقيه على نفي الوجوب على المرأة والعبد والصبي... إلخ، كذا في «حاشية ابن عابدين»، كتاب الوقف، مطلب: مفهوم التصنيف حجة (٤/ ٤٣٣).

(٣) انظر: «أنفع الوسائل»، مسائل الوقف، المسألة الثالثة عشرة: الاستبدال بالأوقاف (ص ٢٣٦).

(٤) لا كُلِّيٌّ. وفي هامش (خ): (قوله: أكثري، تقييد لقول «النهر»: المفهوم معتبر في الروايات اتفاقا، كما في «الدر المختار»، أي: في الروايات عن الأئمة، فالمراد في أكثرها، كما دل عليه هذا التقييد، ومن الروايات أقوال الصحابة فيما يدرك بالرأي، أي: مع للعقل فيه مجال وتصرف، لا ما لم يدرك به؛ لأنه في حكم المرفوع، نحو: أقل الحيض ثلاثة أيام، انتهى).

(٥) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الطهارة (١/ ٢٣).

(٦) في هامش (خ) و(ع): (قوله: الحق لا يسقط، أي: نفس الحق، وأما دعواه، فإنها تسقط بمنع السلطان من سماعها، وكذا يسقط حق الله المحض بالتقادم، كحد الزنا، وحد الشرب، وحد السرقة).

(٧) في هامش (خ): (قوله: بتقادم الزمان، ولو مضى مائة سنة؛ بدليل أن الخصم إذا أقر به يلزمه، ولا يرد قولهم: إن المنع من سماعها شرعي في تركها ثلاثا وثلاثين؛ لأن المنع جاء من الترك اختيارا).

(٨) قال في «الجوهرة النيرة»، كتاب اللعان (٢/ ٦٩): «فلو لم تطالبه وسكتت: لا يبطل حقها؛ لأن طول =

وفي «المبسوط»: «ترك الدعوى ثلاثًا وثلاثين سنَةً بلا مانع: لا تُسمع.

وقد أفتَوا بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنةً؛ للنهي السُّلطاني. وهل يبقى الحكمُ بعد عزله أو موته؟ قال ابن الغرس: «عُلم من عادتهم أنه إذا تولَّى السُّلطانُ يُعرَض عليه قانونُ مَن قبله، فيَتبعه»، انتهى.

ونقل الحمويُّ عن شيخه يحيى المنقاري أن السَّلاطين يأمُرون قُضاتَهم في جميع ولاياتِهم أن لا يسمَعوا الدعوى بعد خمس عشرة سنةً فيما عدا الوقف والإرث»[1]، انتهى.

ونقل شيخُنا عن ابن الشلبي أنه «متى ثبت أن الخصم عايَن ذا اليدِ يتصرَّف في المُتصرَّف فيه تصرُّفَ المالك، وهو ساكتٌ عن المُعارَضة من غير مانع: كان ذلك مانعًا له من الدعوى، فلا تُقبل بيِّنته، ولا يتقيَّد حينئذ تركُ مُعارَضته بخمس عشرة سنة، ويُحمل قولُهم: الدعوى لا تُسمع بعد خمس عشر سنةً إلا في الإرث ونحوه، على ما إذا لم يُعاينِ التصرُّف»، انتهى.

ويدلُّ عليه عبارةُ «الكنز»: «باع عقارًا، وبعضُ أقاربه حاضرٌ يعلَم البيعَ، ثم ادَّعى: لا تُسمع»[2]، ومعلومٌ أن البيع ليس بقيدٍ.

واعلم أن المانع من سَماع الدعوى إذا ثبت في حقِّ شخصٍ يثبُت في حقِّ وارثِه أيضًا، حتى لو مات شخصٌ بعد أن ترك الدعوى خمسَ عشرة سنةً، فادَّعى وارثُه: لا تُسمع، كما يُستفاد من «رسالة الشُّرنبُلالي».

= المدة لا يبطل حد القذف، ولا القصاص، ولا حقوق العباد»

(١) «غمز العيون» (٢/ ٣٣٨).

(٢) «كنز الدقائق»، مسائل شتى بعد كتاب الخنثى (ص ٦٩٠).

وفي «منية الفقهاء»: «رأى غيرَه يبيع أرضًا، وهو في المصر ساكتٌ: فالسُّكوتُ عن المُعارَضة قائمٌ مقام الإقرار»، انتهى.

[فائدة: يُفتي المُفتي بالصحَّة إذا سُئل عن شيءٍ مُطلَق]

(إذا سُئل المُفتي عن شيءٍ مُطلَق) يحتمِل غيرَه، (فإنه يُفتي بالصحَّة؛ حملا على الكمال، وهو وجودُ الشرائط، كذا في صُلْح «البزازية»). قال فيها نقلا عن «الخزانة»: «إن التخارج باطلٌ إذا كان في التركة دينٌ، ولو لم يُكتَب في صكِّ التخارُج أن في التركة دينًا أو لا: فالصكُّ صحيحٌ، وكذا لو لم يُذكَر في الفتوى لكن سُئل عن صحَّة التخارج: يُفتِي بالصحَّة، ويُحمَل على وجود الشرائط، كما لو سُئل عن رجل باع مالَه: يُفتي بالصحَّة، وإن احتمل أنه غيرُ عاقل. **والأصلُ فيه: أن المطلق يُحمَل على الكمال الخالي عن العَوارض المانعةِ من الجواز**، فصحة التخارُج بالخُلُوِّ عن الدَّين: هو الأصل، فلا يثبُت بلا تعرُّضٍ لوُجود العارض»[1]، انتهى»، «حموي»[2].

[فائدة: المُفتي إنما يُفتي بما يقَع عنده من المَصلحة]

(المُفتي إنما يُفتي بما يقع عنده من المصلحة، كذا في مهر «البزازية»). قال فيها: «وبعد إيفاء المهر المُعجَّل، إذا أراد أن يُخرجها إلى بلد الغُربة إلى مُدَّة السفر بلا إذنها: يُمنع من ذلك؛ لأن الغريب يُؤذَى، كذا اختاره الفقيهُ، **وبه يُفتَى**. وقال القاضي: قولُ الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، أَولى من قول الفقيه. قيل: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، في آخره دليلُ قول الفقيه؛ لأنا قد علِمنا من عادة زماننا مُضارَّةً قطعيَّةً في الاغتراب بها، واختار في

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الصلاة، الفصل الرابع عشر في الحدث فيها (١/ ٥١ ـ ٥٢).

(٢) «غمز العيون» (٢/ ٣٣٨).

«الفصول» قولَ القاضي. فيُفتي بما يقع عنده من المُضارَّة وعدمها؛ لأن المفتي إنما يُفتي بحسب ما يقع عنده من المصلحة[(١)]»[(٢)]، انتهى. فإن علِم أنه يقع المضارة بالنقلة: يفتى بقول الفقيه، وإن علم عدم الضرر: يفتى بقول القاضي.

فتحرَّر أنه إذا كان في المسألة قولان مُصحَّحان: فالمُفتي بالخيار في الإفتاء بأحدِهما، فيَختار ما فيه المصلحةُ منهما.

[فائدة: يتعيَّن الإفتاءُ في الوقف بالأنفعِ له]

(ويتعيَّـن الإفتـاءُ في الوقـف بالأنفَعِ له، كما في «شـرح المجمـع» و«الحاوي القدسي»[(٣)]).

[فائدة: يُقبل قولُ الواحد العدل في مواضعَ]

(ويُقبل قولُ الواحدِ العدلِ)، ولو أُنثى، أو أعمى، أو محدودًا في قذفٍ تاب؛ لأنه خبرٌ، لا شهادةٌ، (في أحدَ عشَر موضعًا، كما في «منظومة ابن وهبان»). قال فيها:

«ويُقبل عــدلٌ واحــدٌ في تقـوُّم ... وجـرحٍ وتـعـديـلٍ وأرشٍ يـُقــدَّرُ
وترجمـة والسَّـلْم هـل هـو جيِّـد ... وإفــلاسِه الإرسـال والعيـب يظهَـرُ
وصـوم علـى مـا مـرَّ أو عنـد علَّة ... ومـوت إذا للشـاهدين يـُخـيِّـر»[(٤)]

ويُزاد عليها ثلاثُ مسائلَ:

---

(١) في النسخ هنا زيادة قوله: (وعدمها)، وليست في «البزازية».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب النكاح، الفصل الثاني عشر في المهر، نوع آخر: تزوجها بمهر سرا وبشيء علانية (٤/ ١٣٤).

(٣) انظر: «الحاوي القدسي»، كتاب الوقف، فصل: لا يباع الوقف ولا يوهب (١/ ٥٥٢).

(٤) «منظومة ابن وهبان»، كتاب الشهادات (ص ١٣٢).

الأُولى: في «حوادث الصِّبيان في المكتب، تُقبل فيها شهادةُ المُعلِّم مُنفردًا»، «قهستاني»[١].

الثانية: يُقبل قولُ القابلة في الولادة وتعيين الولد، «بيري»[٢].

الثالثة: النظر في العيب فيما إذا اختلف البائعُ والمشتري في قِدَمه وحُدوثه، فإنه يُقبل قولُ الواحدِ العَدْل.

الأُولى: (تقويم المُتلَف)، فلو أتلف شخصٌ لشخصٍ شيئًا، وادَّعى أن قيمته كذا، وأنكر المُدَّعى عليه أن يكون ذلك القدرُ قيمتَه: يُقبل قولُ الواحد العدل في قيمته.

وفي «البحر»: «لا بد في معرفة النُّقصان[٣] من عدلَين، فيحتاج إلى الفرق بينهما»[٤]، واستثنى[٥] من التقويم نصابَ السرقة، فلا بد من عدلين[٦].

(و)الثانية والثالثة: (في الجرح والتعديل، والتزكية)، فيُقبل العدلُ فيهما؛ لأنهما من أُمور الدِّين، فلا يحتاجان إلا إلى العدالة، ولذا يجوز تزكيةُ العبد، والأعمى، والمرأة، والمحدودِ في قذفٍ إذا تاب، وتزكيةُ الولدِ لوالده وبالعكس، والزوجةِ لزوجها وبالعكس؛ لقبول خبرهم في الأُمور الدِّينية؛ ألا ترى أنه تُقبل روايتُهم في الأخبار، وهذا عندهما.

---

(١) «جامع الرموز»، كتاب الشهادة (٢/ ٤٢٠).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٩٧).

(٣) في هامش (خ): (قوله: في معرفة النقصان، أي: إذا حدث بالمبيع ما يمنع رده، واستلزم الحال للرجوع بالنقصان: يلزم في معرفته عدلان، انتهى).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، الواحد يكفي للتزكية والرسالة (٧/ ٦٨).

(٥) أي: صاحب «البحر».

(٦) انظر: «البحر الرائق» (٧/ ٦٨).

وعند محمد: يُشترط في التزكية ما يُشترط في الشهادة، حتى يُشترط في تزكية شُهود الزِّنا أربعةٌ، وفي بقيَّة الحُدود والقِصاص رجُلان، وفي غيرها رجلٌ وامرأتان، وفيما لا يطَّلع عليه الرجالُ امرأةٌ؛ لأن القضاء لا يَتِمُّ إلا بالعدالة، وهي بالتزكية، فتَتِمُّ بما تتمُّ به الشهادة.

ولهما: أن التزكية خبرٌ، ولذا لا يُشترط فيها مجلسُ الحكم، ولا لفظُ الشهادة، ويجوز تزكيةُ من لا تُقبل شهادتُه، واشتراطُ العدد في الشهادة أمرٌ تعبُّديٌّ، فلا يُقاس عليه.

ثم إنه في «التنوير» قيَّد القبول في الجرح بما إذا كان قبلَ التعديل، وأما بعده، فلا يُقبل إلا في جَرْحٍ تضمَّن حقَّ العبد، فإنه تُقبل الشهادة قبله وبعده[1]، انتهى.

(و)الرابعة: (في المُترجِم)، بكسر الجيم، العَدْل، فإنه يُقبل قولُه في التَّرجمة عمَّن لا يعرف القاضي لُغتَه من الأخصام، وعند محمد: لا يُكتفَى فيها إلا باثنَين.

(و)الخامسة: (في جَودَة المُسلَم فيه ورَدَاءتِه)، يعني: إذا ادَّعى ربُّ السَّلَم رَداءةَ المُسلَم فيه، وادَّعى المُسلَم إليه جَودتَه، أو عكسُه: يُقبل قولُ العدل فيهما.

(و)السادسة: (في الأخبار بالفَلْس) بعد مُضِيِّ المُدَّة، يعني: إذا أخبَر الواحدُ العدلُ القاضيَ بإفلاس المحبوس بعد مُضِيِّ مُدَّة الحَبْس: يُقبل، واختلفوا في مقدار المُدَّة، و**الصحيحُ** أنه مُفوَّضٌ إلى رأي القاضي، وإنما يُعتبَر إخبارُ العدل بالإفلاس إذا لم يكن حالَ النِّزاع بينهما، بأن ادَّعى المطلوبُ الإعسارَ، وادَّعى الطالبُ اليَسار: فلا بدَّ من إقامة البيِّنة، كما في «السراج».

(و)السابعة: (في رسول القاضي إلى المُزكِّي)، أي: يُقبل في الرسالة من

(١) انظر: «الدر المختار»، كتاب الشهادات، باب القبول وعدمه (ص ٤٩١).

القاضي إلى المُزكِّي، وكذا العكس، خبرُ العدلِ، والاثنان أحوطُ، وقال محمد: لا يجوز إلا اثنان.

(و)الثامنة: (في إثبات العيب) الذي اختلف فيه البائعُ والمشتري، أي: في وجوده وعدمِه، فإنه يُقبل خبر العدل.

(و)التاسعة: (في إخبار العدل برُؤية هلالِ رمضانَ عند الاعتلال)، أي: إذا كان في السماء عِلَّةٌ تَمنع الرُّؤية، فإنه يُقبل خبرُه، «وكذا المستور في **الأصحِّ**، لا الفاسق، خلافًا للطحاوي»، «در منتقى»[1].

وفي غير رمضانَ لا بدَّ من الشهادة.

وإن لم يكن في السماء علَّةٌ: فلا بد لكلِّ الأشهُر من جَمْعٍ يقَعُ العلمُ بخبَرهم، وفي رواية: يُكتفى باثنين، واختارها في «البحر»[2]، «وفي روايةٍ اختارها الطحاويُّ وظهيرُ الدين: يُكتفَى بواحدٍ إن جاء من خارج البلد، أو كان على مكان مُرتفِع»، «ملتقى»[3].

(و)العاشرة: (في إخبار الشاهِدِ بالموت)، فلو أخبَر عدلٌ رجُلَين بموتِ إنسانٍ: وسِعَهما أن يشهَدا على موته في **المُختار**. قالوا: وكذا في الوقف، فلو أخبَرهما أن مكان كذا وقفٌ: وسِعهما أن يشهدا، بخلاف إخبارهما في النَّسَب والنكاح، فلا بد من عدلَين.

(و)الحادية عشرة: يُقبل خبره (في تقدير أَرْش المُتلَف) لو اختلفا في تقديره،

---

(١) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الصوم (١/ ٣٤٨).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الصوم، بما يثبت شهر رمضان (٢/ ٢٨٨ ـ ٢٨٩).

(٣) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الصوم (١/ ٣٥٠).

ففي الحارصة، وهي التي تشُقُّ الجِلدَ، والدامعة التي تخرُج منه شيئًا يُشبِه الدَّمع، والدامية التي تُسِيل الدمَ، والباضعة التي تَبضَع الجِلدَ، والمُلاحِمة التي تأخُذ في اللَّحم، والسِّمْحاق اسمُ جلدة فوقَ العظم: حكومةُ عدلٍ، خلافًا لمحمد. هذا في الأطراف، وفي غيرها كذلك.

فهذه أحد عشرة مسألة.

(وزِدتُّ) عليها مسألةً (أُخرى)، وهي: (يُقبل قولُ أمينِ القاضي إذا أخبَره بشهادة شُهود على عينٍ تعذَّر حضورُها، كما في دعوى «القنية»).

وهذا (بخلاف ما إذا بعثَه)، أي: القاضي الأمينَ العدلَ، (لتحليف المُخدَّرة، فقال: حلَّفتُها، لم يُقبل إلا بشاهدٍ معه، كما في «الصغرى»).

وفيه: أنه لا يُقبل إلا بشاهدَين معه، كما صرَّح به في «الولوالجية»، قال فيها: «كل دعوى على امرأةٍ لا تخرُج في حوائجها: يبعَث أمينًا مع المُدَّعي وشاهدَين عدلَين»[(١)]، وقال: «لو أن القاضي يبعث أمينًا أو أمينَين إلى المرأة المريضة لليمين، فقالا: لقد حلَّفناها، لا يُقبل قولُهما إلا بشاهدين»[(٢)]، انتهى. ولذا حكَم بعضهم بأنه قد سقط من نسخة المؤلف أو «الصغرى»[(٣)] الياءُ والنون[(٤)].

[فائدة: الناس أحرارٌ بلا بيان، إلا في مواضعَ]

(الناسُ) الظاهر فيهم أنهم (أحرارٌ) تبعًا للدار، أو لأنهم أولادُ آدم وحوَّاء وهما حُرَّان، وحينئذ لا يحتاج إلى البيان، كما قال: (بلا بيانٍ)؛ لأن الظاهر يكفي للدفع، لا

---

(١) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى (٤/ ٧٣).

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى (٤/ ٩٢).

(٣) أي: أو سقط من نسخة «الصغرى».

(٤) أي: من قوله: (إلا بشاهد معه)، وكان الأصل: (إلا بشاهدين معه).

للاستحقاق، ولا يثبُت إلا بدليل، فلذا لو ادَّعى على مجهولِ الحال أنه عبدُه، وأنكر وقال: أنا حُرُّ الأصل، فالقولُ له؛ لأنه مُتمسِّكٌ بالأصل.

(**إلا في الشهادة**)، فلا يُكتفَى فيها بظاهر الحُرِّية، بل يَسأل إذا طعن الخصمُ بالرِّقِّ، وإلا فلا يسأل؛ لأن فيه دعوى إثباتِ حقٍّ، كما في «الزيلعي»[(١)].

وفي «الخانية»: «لو عرَف الشُّهودَ بالحُرِّية: لا يلتفِت إلى الطعن، قال: ولو قال الشهودُ للقاضي: سَلْ عنه، لا يلتفِت إلى ذلك، فإن سأل: جاز، ولذا لو قال المشهودُ عليه: هما محدودان في قذفٍ، أو شريكان فيما شهِدا، لا يَقبله إلا ببيِّنة»[(٢)].

(و)في (**القصاص**)، كما إذا قطَع يدَ رجلٍ، ثم زعم أن المقطوع يدُه عبدُه: لا يقضى بالقِصاص حتى يثبُت حُرِّيَّتُه بالحُجَّة؛ لأنها دعوى استحقاقٍ.

(و)في (**الحُدود**)، بأن زعم أن الذي قذَفه عبدٌ، لا يُحَدُّ القاذفُ حتى يُثبِت المقذوفُ حُرِّيتَه بالحُجَّة. وفي «العمادية»: «كذلك لو قال القاذفُ: أنا عبدٌ، وعليَّ حدُّ العَبيد، يُصدَّق ويُحَدُّ أربعين، إلا أن يُقيم المقذوفُ بيِّنةً أنه حُرٌّ»، انتهى.

(و)في (**الدِّيَة إذا أخطَأ**)، أي: إذا قتل إنسانًا خطأً، وزعمت العاقلةُ أنه، أي: الجاني، عبدٌ: فإنه لا يُقضَى عليهم بالدِّيَة، إلا إذا قامت بيِّنةٌ على حُرِّيته.

وفي «المُلتقَط»: «لو كان المُدَّعى به حدًّا أو قصاصًا: سأل القاضي عنهم، طعَن الخصمُ أو لا».

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الشهادة، ما يشترط للشهادة (٤/ ٢١١).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، آخر مسائل التزكية والتعديل (٢/ ٤٦٥).

[تتمة: الأصل في الإنسان الأمانة والعدالة والفقرُ]

تتمَّة: هل الأصل في الناس السَّفَهُ أو الرُّشدُ، أو الأصل فيهم الأمانة أو الخيانة، أو الأصلُ الجرحُ أو التعديل، أو الفقرُ أو الغِنى؟ أجاب عبدُ الغني العبادي[١] بأن الأصلَ فيهم [الرُّشد، و] الأمانةُ، والعدالةُ، والفقر، وإنما على القاضي أن يسأل عن الشُّهود سِرًّا وعَلَنًا؛ لأن القضاء مبنيٌّ[٢] على الحُجَّة، وهي شهادة العُدول، فيتعرَّف عن العدالة[٣]»[٤]، انتهى.

[فائدة: خطأ القاضي على المَقضيِّ له، وعَمْدُه عليه]

(إذا أخطأ القاضي كان خطؤُه على المَقضِيِّ له)، أي: يظهر خطؤُه في حقِّ المَقضِيِّ له، حتى وجب الرجوعُ عليه بما قُضِي له به، وكان للمَقضِيِّ عليه أن يضمَن للمَقضِيِّ له، كما هو ظاهر «الخلاصة»[٥] و«البزازية»[٦] و«المحيط البرهاني»[٧]. وفسَّرُوا الخطأَ بأن ظهر أن الشُّهود عَبيدٌ، أو كُفَّارٌ، أو محدودون في قذفٍ.

وفي الحُدود من «المحيط»: «إذا ظهر الخطأُ بيقين: ضمِن القاضي، ويرجع

---

(١) كذا في (خ) و«غمز العيون». وفي (ع): (المنقاري).

(٢) كذا في «غمز العيون». وفي النسخ: (يبنى).

(٣) وفيه صون قضائه عن البطلان.

(٤) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٣٤٢).

(٥) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، نوع في إبطال القضاء (٤/ ٢١).

(٦) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في إبطال القضاء (٥/ ١٥٩).

(٧) انظر: «المحيط البرهاني»، كتاب القضاء، الفصل الرابع عشر القاضي يرجع بقضية ثم يبدو له أن يرجع عنه (١٢/ ٢١٧).

على المَقضِيِّ له إذا كان قائمًا أو هالكًا. وإن كان المقضيُّ به قَطْعًا، أو رَجْمًا: رجع في بيت المال»[١].

ولا مُخالفة بين ما في «المحيط» أوَّلا وثانيًا؛ لأن ما ذكَره أوَّلًا، واقتصر عليه في «الخلاصة» و«البزازية»: مُقيَّدٌ بما إذا ظهر الخطأُ بما فسَّرناه، وثانيًا بما إذا ظهَر الخطأُ بيقين، ومُحصَّل ذلك أن ما ذكَره أوَّلا من أن المَقضِيَّ عليه يرجع على المَقضِي له بالنسبة لِمَا إذا كان الخطأُ من حيثيَّة ظُهور الشُّهود عبيدًا أو كُفَّارًا أو محدودِين في قذفٍ، وثانيًا من أن القاضي يضمَن ثم يرجع على المَقضِيِّ له بالنسبة لِمَا إذا ظهر الخطأُ لا من هذا الوجه، بل من حيثيَّة نفسِ الحكم، وهو المرادُ بقوله: «بيقينٍ».

وبهذا ظهر أن قولَ المصنِّف: إذا أخطَأ القاضي: كان خطؤُه على المقضيِّ له، أي: يرجع القاضي عليه إن كان خطؤُه بيقين، وإن كان خطؤه غيرَ يقين: يرجع المقضيُّ عليه على المقضيِّ له، بخلاف ما إذا قال: تعمَّدتُ الجَورَ، فإنه يضمَن، كما قال:

(وإن تعمَّد) القاضي الجَورَ: (كان عليه)، أي: على القاضي، ويضمَن، ولا يَستردُّ شيئًا من المقضيِّ له، ويُعزَّر لارتكابه ما لا يحِلُّ، ويُعزَل عن القضاء لظهور خيانته فيما جُعل أمينًا فيه، كذا حقَّقه البيري[٢].

(كذا في سير «الخانية»). قال فيها: «إذا استأجَر القاضي لليتيم أجيرًا بما لا يتغابَن الناسُ فيه، فعمِل الأجيرُ وانقضت المُدَّة: كانت الزيادةُ باطلةً، فإن قال القاضي: أنا استأجرتُه مع علمي بالزيادة الفاحشة، كان جميعُ الأُجرة من مال

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني» (١٢/ ٢١٧).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٠١).

القاضـي؛ لأنـه يتصـرَّف بطريق النظر لليتيـم، وهو مُنتفٍ هنـا، وإن لم يتعمَّـدْ: كانت الأُجـرة من مـال اليتيـم»[١]، انتهى.

(وتمامُه في قضاء «الخلاصة»). وحاصلُ ما فيها: «بدَا للقاضي أن يرجع عن القضاء، فإن كان خطأً بلا خلاف: يرُدُّه، وإن كان مختلَفًا فيه: [أمضاه، وفي المستقبل يقضِي بالذي يرَى أنه أفضلُ]، فإن ظهر له نصٌّ بخلافِ قضائه بعد ذلك، إن كان في حقوق العباد، كالقصاص والطلاق والنكاح، وظهر أن الشُّهودَ عبيدٌ أو محدودون في قذف، إن قال القاضي: تعمَّدتُّ، يضمَن في ماله ويُعزَل للخيانة، وإن لم يتعمَّدْ، بأن وقَع منه خطأً، أي: جهلا: يضمَن المَقضيُّ له الدِّيَةَ، وفي الطلاق تُرَدُّ المرأةُ لزوجها، وفي العتق يُرَدُّ العبد لمولاه. وفي حقوق الله، كالحُدود، إذا ظهر أن الشهود عبيدٌ، وقال: تعمَّدتُّ، فهو ضامنٌ للدية، وإن كان خطأً: فضمانُه في بيت المال. وهذا إذا ظهر الخطأُ بالبيِّنة أو بإقرار المَقضِيِّ له، أما إذا أقرَّ القاضي بذلك: لا يُصدَّق ولا يبطُل القضاءُ، كالشُّهود إذا رجعوا»[٢]، انتهى.

[فائدة: لا تُسمع الدعوى بعد الإبراء العامِّ]

(لا تُسـمع الدعـوى بعد الإبـراء العـامِّ)، أي: بعد الإقرار المشـتمل على الإبراء العـام، (نحـوَ: لا حـقَّ لـي قِبَلـه)، أو لا دعوى لـي قبلـه، أو لا دعوى لي عليـه، أو لا أسـتحِقُّ عليـه شـيئًا، أو أبرأتُك مـن حقِّي، أو ممَّا لـي عليك، أو لا أسـتحِقُّ عليه حقًّا مطلقًـا، أو لا حقًّـا و[٣]لا دعـوى، فليـس له عليه الدعوى بشـيءٍ سـابق علـى الإقرار

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب السير، بداية فصل فيما يجوز لأمير العسكر (٣/ ٥٦٣).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، نوع في إبطال القضاء (٤/ ٢١).

(٣) في النسخ (أو).

بالبراءة المذكورة، وإذا ادَّعى: لا تُسمع دعواه عليه في الأعيان، ولا في غيرها.

هذا إذا كان بلفظ الإقرار[1] بعدم الاستحقاق على وجه النفي، فلو وقع بلفظ الإبراء عن المال، أو عمَّا في ذمته: فإنه لا يدخُل فيه الإبراء عن الأعيان، إلا أن يكون بلفظ الإبراء عن الدعوى؛ قال في «البزازية»: «أبرَأَه عن الدعاوى، ثم ادَّعى عليه إرثًا عن أبيه، إن كان أبوه مات قبل الإبراء: لا تصِحُّ الدعوى، وإن كان لا يعلم موته وقتَ الإبراء: تصِحُّ[2]»[3].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: هذا إذا كان بلفظ الإقرار... إلخ. راجعت «رسالة الشرنبلالي»، فرأيته مصرحا بأنه لا يفترق الحكم بين الإخبار والإنشاء، وصرح أن الإبراء إن كان عن دعوى العين: فهو صحيح، سواء أنشأ الإبراء عن دعوى عين خاصة، كقوله: أبرأت زيدا عن دعوى هذه العين، أو عمم إنشاء الإبراء عن دعوى كل عين، كالإقرار بالإبراء، فانظر الرسالة المذكورة، ولا تعول على كلام هذا الشارح؛ فإنه قليل التحري، انتهى).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وإن كان لا يعلم موته وقت الإبراء: تصح. مثله في «الحموي»، والمذكور في «رسالة الشرنبلالي» عن «الخلاصة» و«جامع الفصولين» هكذا: أبرأه عن جميع دعاويه، ثم ادعى مالا بالإرث عن أبيه، إن مات أبوه قبل إبرائه: ذ صح الإبراء، ولا تسمع دعواه، وإن لم يعلم بموت الأب عند الإبراء، انتهى. ثم قال: ومثله في «البزازية»، انتهى. وهو يقتضي أن الشرط أن يكون موت المورث سابقا على الإبراء، سواء علم المبرئ بالموت أو لا. ويؤيده ما في «الفواكه البدرية» أنه لو أقر أو أبرأ، ولم يعلم المقر بموت أبيه إلا بعد الإقرار أو الإبراء: لا يكون له المطالبة بذلك، ويعمل الإقرار والإبراء عمله، ولا يعذر المقر، انتهى. وفي كتاب المداينات من هذا الكتاب: لو أبرأ الوارث مديون مورثه غير عالم بموت مورثه، ثم بان ميتا: فبالنظر إلى أنه إسقاط يصح، وكذا بالنظر إلى كونه تمليكًا؛ لأن الوارث لو باع عينا قبل العلم بموت المورث، ثم ظهر موته: صح، انتهى. وبه تعلم خلل ما قاله هذا الشارح والحموي، فليتنبه له، انتهى. وسيأتي في كلام الشارح التصريح بالعبارة كما قلنا، انتهى).

(٣) قال فيها في كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض =

وفي «المبسوط»: «يدخُل في قوله: لا حقَّ لي قِبَلَ فلان، كلُّ دَين، وكلُّ عين، وكلُّ كفالة، أو جنايةٍ، أو إجارةٍ، أو حدٍّ»[1]، فإن ادَّعى الطالبُ بعد[2] ذلك[3] حقًّا عليه: لم تُقبل بيِّنتُه عليه حتى يَشهَدوا أنه بعد البراءة؛ لأنه بهذا اللفظ استفادها على العموم، «وكذا إذا قال: لا ملك لي[4] في هذه[5] العين»، كما في «البحر»[6].

ولا يُنافيه ما في «القنية»: لو مات عن ورَثة، وقَسَموا التركة بينهم، وأبرَأ كلُّ واحد منهم صاحبَه عن جميع الدعاوى، ثم ادَّعى أحدُ الورثة عينًا للميِّت: يصحُّ دعواه؛ لأن هذه البراءة وإن وقعت على وجه العموم، لكن بلفظ «البراءة»: فلا يدخُل فيها الأعيان، بخلاف البراءة المُشتمِلة على الإقرار بأنه لا يستحِقُّ حقًّا... إلى آخر ما تقدَّم.

وكذا ما ذكره في «القنية» وغيرها من قولهم: وصيُّ الميِّت إذا دفع ما كان في يده من تركة الميِّت إلى ولد الميِّت، وأشهَد الولدَ على نفسه أنه قبَض تركةَ والدِه، ولم يَبقَ له منها قليلٌ ولا كثيرٌ إلا استوفاه، ثم ادَّعى في يد الوصيِّ شيئًا، وقال: هذا من تركة والدي، وأقام بيِّنةً: قُبِلت بيِّنتُه؛ لأنه لم يُعمِّم مطلقًا، بل خصَّص بتركة والدِه وعمَّم فيها.

= (٥/ ٣٢٦): «وفي «العدّة»: أبرأه عن الدعاوي ثم ادعي مالا بالإرث، إن كان مات مورثه قبل الإبراء: صح وبطل الدعوى، وإن لم يعلم بموت مورثه».

(١) انظر: «المبسوط»، كتاب الإقرار، باب إقرار الرجل أنه لا حق له قبل فلان (١٨/ ١٦٥).

(٢) في (ع): (قبل).

(٣) في هامش (خ): (قوله: بعد ذلك، ظرف لقوله: ادعى، تدبر).

(٤) في هامش (خ): (قوله: لا ملك لي، فيه: أنه لم يحصل منه إبراء لمعين، فتأملها، واحملها على محمل صحيح، انتهى).

(٥) في النسخ: (هذا). والمثبت من «البحر الرائق».

(٦) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الصلح، فصل في صلح الورثة (٧/ ٢٦١).

وكذا ما قال في «القنية»: أحدُ الورثة أقام بيِّنةً على إقرار صاحبِه أنه بريءٌ من ميراثِ أبيه، والميراث أعيانٌ: لا يُقبل، وذلك لأن البراءة لا يدخُل فيها الأعيان.

وفيها أيضًا: لو قال شخصٌ: لا حقَّ لي عليه، يَبْرأ في الحالِّ، لا في المُؤجَّل.

قال الحانوتي: ذلك كلُّه إذا لم تكن البراءةُ بعد دعوى شيءٍ خاصٍّ ولم يُعمِّم، بأن يقول: أية دعوة كانت، وما يفيد ذلك؛ لما ذكَره البزَّازيُّ بقوله: «وفي «المنية»: ادَّعى عليه دعاوَى مُعيَّنةً، ثم صالَحه وأقرَّ أنه لا دعوى له عليه، ثم ادَّعى عليه حقًّا آخَر: تُسمع، ويُحمَل إقرارُه على الدعوى الأولى، إلا إذا عمَّم وقال: أيَّةُ دعوى كانت»[١]، أو ما يفيد ذلك[٢].

ويدلُّ عليه ما في «البزازية»: «ادَّعى عينًا أو دينًا على آخر، وصالَحه على بدلٍ، وكتب بذلك وثيقةً، وذكَرا فيها: صالح عن هذه الدعوى على كذا، ولم يبقَ لهذا المُدَّعِى عليه دعوى ولا خصومةٌ بوجهٍ من الوُجوه، ثم جاء المُدَّعِي يدَّعي عليه بعد الصُّلح بدعوى أُخرى: لا تُسمع؛ لأن البراءة عن الدعاوى ذُكِرت عامَّة»[٣]، حيث قال: ولا خصومةٌ بوجهٍ من الوجوه، فإنه جعَل ذلك مُفيدًا للعموم؛ لإفادته معنى «أيَّة دعوةٍ كانت»، قال الحانوتي: وبما ذكرناه يندفع التناقُض بين كلامهم، انتهى، فليُتأمَّل.

وفي «الحاوي»: وفرَّق بعضهم بين «لا حقَّ لي قِبَله» و«لا حقَّ لي عليه» بأن

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض (٥/ ٣٣١).

(٢) قوله: (أو ما يفيد ذلك)، ليس في (خ).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الصلح، الفصل الثاني في الدين، نوع فيما يشترط قبضه في المجلس (٦/ ٣٧).

الأوَّل يَتناولُ الدُّيونَ والأعيان، والثاني لا يتناول إلا الدُّيونَ، فإن «القِبَل» عامٌّ يتناول الجهات السِّتَّ، و«علي» للاستعلاء، والاستعلاءُ إنما يُتصوَّر في الدَّين، لا العين، فلو ادَّعى في الأوَّل دَينًا أو عينًا: لا يُقبل، بخلاف الثاني، فليُحرَّر.

[استثناء من الفائدة السابقة: ضمان الدرَك]

(إلا ضمان الدَّرَك[1]، فإنه لا يدخُل) في الإبراء العامِّ، إلا إذا عمَّم وقال: أيَّة دعوى كانت، يدخُل.

قيل عليه: «إن ضمان الدَّرَك حادثٌ بعد البراءة؛ لأن الاستحقاق كان منعدمًا[2] وقتَ البراءة، وإنما حدث [بعد البراءة] بإثبات [استحقاق المبيع بعدها][3]، فلم تشمَلْه البراءةُ، فلا يُستثنى، وقد قال قاضي خان: «اتَّفقت الرِّواياتُ على أن المدَّعي لو قال: لا دعوى لي قِبَل فلان[4]، يصحُّ، حتى لا تُسمع دعواه إلا في حقٍّ حادثٍ [بعد البراءة]»[5]، انتهى، «حموي»[6]، إلا أنه قد يقال: وقَع مُستنِدًا إلى وقت البيع، تأمَّل.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ضمان الدرك، هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، انتهى. ويأتي التصريح به في هذه السوادة، وإنما كتبته قبل رؤيتي له. وهو من الإدراك، أي: يقول للمشتري: أنا ضامن هذا المبيع إن استحقه أحد، وهذه كفالة بالمجهول؛ لأنه لا يدري أي قدر من المبيع يستحق عليه. وأجمعت الأئمة على صحة هذه الكفالة، كما في «المستصفى»).

(٢) في النسخ: (متقدما). والمثبت من «غمز العيون».

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من «غمز العيون». وفي النسخ: (الاستحقاق).

(٤) أو لا خصومة لي قبل فلان.

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب اليمين (٢/ ٤٢٤).

(٦) «غمز العيون» (٢/ ٣٤٣).

[مطلب: في الفرق بين ضمان الدَّرَك والخلاص والعُهدة]

والفرق بين ضمان الدَّرَك، وضمان الخلاص، وضمان العُهدة عند أبي حنيفة أن ضمان الخلاص: أن يضمَن تسليمَ الدار واستخلاصَها عند الاستحقاق؛ وضمان العهدة: ضمانُ الصكِّ القديم عند البائع؛ وضمان الدَّرَك: ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. وعندهما: لا فرق بين هذه الثلاث. قال البيري: «وكذا لا يدخُل العيبُ»[1] ولا الكفالةُ بالنفس. وفي «الكافي»[2]: «يدخُل الدَّينُ، والوديعة، والغصبُ، والعارية، والجناية، وغيرُ ذلك»، انتهى. ومُقتضى قوله: وغيرُ ذلك، دخولُ ضمان الدَّرَك، وكذا العيب»، «بيري»[3]، تأمل.

(بخلاف الشُّفعة، فإنها)، أي: الشفعة، (تسقُط به)، أي: الإبراء العامِّ.

[فرع: أقرَّ أنه له، ثم ادَّعى شراءَه منه بلا تاريخ: تُقبل]

(أقرَّ أنه)، أي: العبدُ مثلا، (له)، أي: لزيد، (ثم ادَّعى) المُقِرُّ (شراءَه)، أي: العبد، (منه)، أي: من زيد، (بلا) ذكرِ (تاريخٍ) للشراء: (تُقبل) بيِّنتُه لعدم التناقُض،

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وكذا لا يدخل العيب. عبارة «البيري» بعد قول المصنف: إلا ضمان الدرك، فإنه لا يدخل: «أقول: ويزاد ما قاله في «المحيط»: ولا يدخل الدرك والعيب فيه، نص عليه في بيوع «الأصل» و«الجامع»، انتهى. ويزاد أيضا: الكفالة بالنفس؛ قال في «العمادية»: إذا كفل بنفس، ثم إن الطالب أقر أنه لا حق له قبل المكفول بنفسه، ثم أراد أن يأخذ الكفيل بنفسه: له ذلك، انتهى»). وهو كما قال.

(٢) في هامش (خ): (قوله: وفي «الكافي»، أي: «كافي» الحاكم، ونصه كما في «البيري»: إذا أقر الرجل أنه لا حق له قبل فلان، فهو جائز عليه، وفلان بريء من كل قليل وكثير، دين أو وديعة أو كفالة أو غصب أو عارية أو إجارة أو جناية، أو غير ذلك، انتهى. قال البيري: أقول: لا ريب في دخول ضمان الدرك في عموم قوله: أو غير ذلك، انتهى. أي: فقول المصنف: إلا ضمان الدرك، مخالف لكلام «الكافي» الذي هو المذهب).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٠٢ و١٠٣).

وليس قولُه: بلا تاريخٍ، قيدًا، بل ليُعلم الحكمُ إذا ادَّعى شراءَه بتاريخ مُؤَخَّرٍ بالأَولى.

(بخلاف ما لو قال: لا حقَّ لي قِبَل فلان، ثم) ادَّعى شراءَه منه: (لا تُسمع دعواه حتى يُبرهِن أنه حادِثٌ بعد الإبراء).

(والفرقُ في «جامع الفصولين»). قال فيه: «أقرَّ أنه له، فمكَث قدرَ ما يُمكن الشراءُ [منه]، ثم بَرهَن على الشراء منه بلا تاريخٍ: قُبِل؛ لإمكان التوفيق، بأن يشتريه بعد إقراره[1]، وكذا لو أقرَّ أنه كان له، ثم برهَن على شرائه منه بلا تاريخ: جاز. ولو أقرَّ أنه لا حقَّ لي فيه، فمكَث حِينًا، ثم برهن على شرائه منه، فلو شهِدا له بشرائه بعد الإقرار: جاز، وإلا فلا. وأقول: قد فرَّقوا بأنَّ[2] قوله: لا حقَّ لي، لعموم الإبراء، فلا يكون له حقٌّ بسبب الشراء ولا بغيره، إلا إذا بيَّن أنه ملكُه بعد إقراره. وفيه نظر؛ إذ يَتأتَّى فيه ما مرَّ من إمكان التوفيق، وأن البيِّنة على العقد المُبهَم تُفيد الملك للحال، ولذا لا يتبعه الزوائدُ، ويتَّضِحُ[3] الجواب للفطن الحاذق»[4]، انتهى كلامُ «الفصولين».

والجواب: أنه لم يكتف بإمكان التوفيق، بل لا بدَّ منه بالفعل.

[مطلب: الإبراءُ عن الرِّبا لا يصحُّ]

(وقد ذكَرنا) في «الشرح» (بعد هذا) الذي تقدَّم (أن الإبراء عن الرِّبا لا يصحُّ، فتُسمع الدعوى به، وتُقبل البيِّنةُ) عليه.

---

(١) ولأن البينة على العقد المبهم تفيد الملك للحال، ولذا لا يتبعه الزوائد. كذا في «جامع الفصولين».

(٢) في النسخ: (بين)، والمثبت من «جامع الفصولين».

(٣) كذا في «جامع الفصولين». وفي النسخ: (يفهم).

(٤) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى (١/ ٩٢ ـ ٩٣).

[استثناء: قال: لا حقَّ لي في هذه الضَّيعة]

(وفي «اليتيمة»: لو قال: لا حقَّ لي في هذه الضَّيعة، ثم ادَّعى أن البَذْرَ له: تُسمع). ثم قال: (لو قال: لا حقَّ لي في هذه الضَّيعة، ثم ادَّعى أنها وقفٌ عليه وعلى أولاده)، هل تُسمع أو لا؟ (ففيه اختلافُ المتأخِّرين)[١].

[استثناء: اقتسموا التركةَ، وأبرأ كلٌّ واحدٍ صاحبَه، ثم ادَّعى]

(وفي «اليتيمة» أيضًا: مات عن ورَثة، واقتسموا التَّرِكةَ، وأبرَأَ كلٌّ) واحدٍ من الورَثة (صاحبَه من جميع الدعاوى، ثم أحدُ الورَثة ادَّعى دَينًا على الميِّت، أو على تركة الميِّت: تُسمع[٢]).

وقد قدَّمنا أن هذا مُنافٍ لما ذكره في «البزَّازية» و«الخُلاصة»، حيث قال: «أبرَأَه عن الدعاوى، ثم ادَّعى مالا بالإرثِ، إن كان موتُ مُورِّثه قبل الإبراء: صحَّ وتبطُل الدعوى، وإن لم يعلم موت مُورِّثه»[٣]، ومثلُه في «الخُلاصة» في الفصل الرابع عشر في الإبراء عن الدعاوى[٤]، ولم يذكُر كلٌّ منهما جوابَ الشرط، فكانت وَصليَّة، فيقتضي أن الشرط أن يكون موتُ المُورِّث سابقًا على الإبراء، سواء علم المُبَرِّئ

---

(١) في (ع) هنا بياض قدر نصف سطر.

(٢) في هامش (خ): (قوله: تسمع. وجهه: أن الدعوى في الحقيقة على الميت، والتركة باقية على حكم مالكه، والإبراء العام لم يحصل إلا للوارث، فلا يمنع المبرئ من الدعوى على الميت، فهذا الفرع لا دخل له في النقض على القاعدة القائلة: لا تسمع الدعوى بعد الإبراء).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض (٥/ ٣٢٦).

(٤) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الدعوى، الفصل الرابع عشر في الإبراء عن الدعاوى (٤/ ١١٨).

بالموت أو لا، لكن ذكر صاحبُ «البزازية»[1] بعد ذلك بأكثر من كُرَّاس في الفصل الرابع عشر في دعوى الإبراء جوابَ الشرط، ولم يجعل أداةَ الشرط وصليَّةً، حيث قال: «أبرأه عن الدعاوَى، ثم ادَّعى عليه إرثًا عن أبيه، إن كان مات أبوه قبل الإبراء: لا تصحُّ الدعوى، وإن كان لا يعلم موتَه وقت الإبراء: يصحُّ»[2]، فقد أتى بقوله: يصح، ولم يجعل الأداةَ وصليَّةً.

وفي «الخانية»: «اتفقَت الرِّواياتُ على أن المُدَّعي لو قال: لا دعوى لي قِبَل فلان، أو لا حقَّ أو لا خصومةَ لي قِبَله: يصحُّ، حتى لا تُسمع دعواه بعد ذلك إلا في حقٍّ حادثٍ بعد البراءة. ولو قال: برِئتُ من دعوايَ [في] هذه الدارَ، يصحُّ، ولا يبقى له حقٌّ فيها، ولو قال[3]: برِئتُ من هذا العبد، كان بريئًا منه، وكذا لو قال: خرجتُ من هذا العبد، ليس له أن يدَّعيَه»[4].

وفي «فتاوى قارئ الهداية»: «لو أقرَّ أنه لا يستحِقُّ على فلان حقًّا ولا يمينًا بالله تعالى لِمَا مضَى من الزمان وإلى تاريخه، ثم ادَّعى المُقِرُّ بدعوى ماضيةٍ، فطلب يمينَه، هل يُحلَّف؟ أجاب: لا تُسمع دعواه عليه، ولا يمينَ عليه؛ لأن اليمين بعد صحة الدعوى»[5].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: لكن ذكر... إلخ، هو تحريف، والصواب ما تقدم، فلا يصح الاستدراك المذكور، انظر: رسالة الشيخ حسن، يتضح لك صحة ما قلنا، فقول الشارح: فيقتضي أن الشرط... إلخ، هو الصواب، ولا عبرة بقوله: لكن... إلخ، وقد أوضحت الكلام في هامش نسختي «الحموي»، فانظره، قد نقلناه بهامش هذه النسخة، فانظره قبل هذه الصفحة).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الرابع عشر في دعوى الإبراء والصلح (٥/ ٣٨١).

(٣) لعبد في يد رجل.

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب اليمين (٢/ ٤٢٤).

(٥) انظر: «فتاوى قارئ الهداية»، الطبعة المُبوَّبة، كتاب الدعوى (ص ١٧٥ ـ ١٧٦).

وأجاب الحانوتي عن هذه المُنافاة بأنَّ ما ذكره في «القنية» أن البراءة فيها وإن وقَعت بلفظ العُموم، لكن بلفظ «البراءة»، فلا يدخُل فيها الأعيان، بخلاف البراءة المُشتمِلة على الإقرار بأنه لا يستحِقُّ عليه حقًّا مُطلقًا... إلى آخر ما تقدَّم، وقدَّمنا تكملةَ كلام الحانوتي قريبًا، فراجِعْه.

[استثناء: قسما أرضًا مشترَكة، وأقرَّا أن لا دعوى له على صاحبه]

(وفي قسمة «القنية»: قسَما أرضًا مشترَكةً، وأقرَّ كلٌّ منهما أن لا دعوى له على صاحبه، وزرَع أحدُهما نصيبَه، ثم أراد أحدُهما الفسخَ بالغَبْن) في القسمة: (فله ذلك إن كان الغَبْن فاحشًا عند بعض المشايخ)، و لا يمنعه الإقرارُ العامُّ، فهذا ممَّا يَرِدُ على ما نقلناه عن قاضي خان، إلا أن يُخصَّص بدعوى الغَبْن في القسمة، فتأمَّل.

[فائدة: الإبراء العامُّ يمنع إذا لم يُقِرَّ المُدَّعى عليه أن العين للمُدَّعي]

(و)كذلك من المُخصِّصات ما نقَله (في إجارات «البزازية»: الإبراء العامُّ[1] إنما يَمنع) من سَماع الدعوى (إذا لم يُقِرَّ المُدَّعَي عليه أن العين للمُدَّعي، فإن أقرَّ بعده)، أي: بعد الإبراء العامِّ، (أن العين للمُدَّعي: سلَّمها له[2]، ولا يمنع الإبراء).

---

(١) في هامش (خ): (قوله: الإبراء العام، أو الصادر من المدعي).

(٢) في هامش (خ): (قوله: سلمها له. في «رسالة» الشرنبلالي ما نصه: لو أبرأه عاما ثم أقر بعده بالمال المبرَّأ منه: لا يعود بعد سقوطه، انتهى. ويكون الأمر بالدفع له لمؤاخذة المقر باقراره، لا لعدم منع الإبراء... إلخ، انتهى، أي: فيؤخذ بإقراره حملا على إمكان تجدد الملك في الأعيان للمقر له، انتهى منها أيضا. ثم قال في «الرسالة» المذكورة: بخلاف الإقرار بالدين بعد الإبراء منه؛ لكونه وصفا قد سقط، فلا يعود، انتهى. ثم قال: وكلام صاحب «الأشباه» وإن كان صحيحا في حد ذاته، لكن فيه إيهام أن الإبراء العام لا عمل له في منع الدعوى بالعين مع الإقرار بها بعده للمبرئ، وقد علمت أنه مانع، وما ساغ الأمر بالدفع، إلا لإمكان تجدد الملك له فيها بعد الإبراء، كما قدمناه، انتهى).

«قيل: لا حاجة إلى هذا التقييد؛ لأنه إذا أقرَّ أن العين له: يُؤمَر بتسليمها إليه، أُجيب بأنه قد يُنكِر بعد ذلك الإقرار، فيدَّعي عليه ويُقيم البيِّنةَ عليه، فتُسمع»، «حموي»[1].

[فائدة: الإبراء العامُّ لا يمنع من دعوى الوكالة]

(و)من المُخصِّصات (ما في دعوى «القنية»: إن الإبراء العامَّ لا يمنع من دعوى الوكالة)، فلو ادَّعى أنه لا دعوى له قِبَل فلان، فتوكَّلَ لرجلٍ بالدعوى عليه: تُقبل؛ لما تقرَّر بأن «الإقرار بأن لا ملكَ له فيه، أو لا دعوى: لا يمنع دعواه لغيره نيابةً»، كما في «جامع الفصولين»[2].

(و)منه: ما (في الرابع عشر من دعوى «البزازية»: أبرَأه عن الدعاوى، ثم ادَّعى عليه) مالًا (بوكالةٍ أو وصاية: صحَّ[3])؛ لما قلنا.

[استثناء: إبراءُ الوارث إبراءً عامًّا في التركة]

(بخلاف) إلى آخره، كذا في النُّسَخ، والظاهر أنه متعلِّقٌ بقوله: الإبراء العامُّ لا تُسمع فيه الدعوى، فيكون من مُستثنَياته، ولا تعلُّقَ له هنا، فقال: (ما إذا أبرَأَ الوارثُ الوصيَّ إبراءً عامًّا، بأن أقرَّ أنه قبَض تركةَ والدِه، ولم يبقَ له حقٌّ منها إلا استوفاه، ثم ادَّعى في يد الوصيِّ شيئًا من تركة أبيه وبرهَن: تُقبل[4])، فقولهم: الإبراء العامُّ لا

---

(١) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٣٤٧).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى ودعاوى الدفع (١/ ٩١).

(٣) «الفتاوى البزازية»- كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض (٥/ ٣٢٦).

(٤) في هامش (خ): (قوله: تقبل. صور ذلك في «الأجناس» بأن أقام بينة بعد ذلك على أرض أو دار أنها صارت له من ميراث أبيه: قبلت؛ لأنه قد يقول: قد كنت قبضت، ثم أخذ مني، انتهى. كذا في =

تُسمع فيه الدعوى إلا بحقٍّ حادثٍ بعد البراءة، يُستثنَى منه إبراءُ الوارث إبراءً عامًّا في التركة.

وبحث فيه الحانوتي، كما تقدَّم، بأنه لا حاجة إلى هذا الاستثناء؛ لأن المراد بالعموم في قولهم: الإبراء العامُّ، ما يكون غيرَ مقيَّدٍ بتركةٍ ولا غيرها، وهنا العموم في التركة، وهي خاصَّة، يدلُّ عليه ما نقلناه عن «الخلاصة» و«البزازية» من أنه لا تُسمع الدعوى، ولو كان بالإرث، حيث عُلم بموت المُورِّث[1]، إلا أن يُخَصَّ بمسألة الوصيِّ دون الوارث، فتأمَّل، انتهى.

ويُفيده قولُه: (و)كذا يُقبل بُرهانُه (إذا أقرَّ الوارثُ أنه قبَض جميعَ ما على الناس من تركة أبيه، ثم ادَّعى على رجلٍ دَينًا: تُسمع) دعواه، وتُقبل بيِّنتُه، (كما في «الخانية»[2]).

قيل عليه: إن هذا إبراءٌ مُجرَّدٌ لم يستلزم إبراءً؛ إذ ليس فيه إبراءٌ لمعلومٍ عن معلومٍ ولا مجهولٍ، وصحَّةُ دعواه به لعدم ما يَمنعها؛ لأن إشهادَه أنه قبَض جميعَ تركةِ والدِه ليس فيه إبراءٌ مطلقًا، وكذا مسألة الإقرار للوارث أنه قبَض... إلى آخره، فيه إقرارٌ لغير مُعيَّن، لا إبراءٌ لمُعيَّن، وهو لا يقتضي مَنْعَ الدعوى؛ لأنه إقرارٌ لمجهول، وهو باطل.

= «البيري»، فافهمه ولا تعتمد لأقوال شارحنا).

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع، نوع في التناقض (٥/ ٣٢٦)، و«خلاصة الفتاوى»، كتاب الدعوى، الفصل الرابع عشر في الإبراء عن الدعاوى (٤/ ١١٨).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده (٢/ ٤٤٦).

وقد اشتَبه على المصنِّف، فظنَّ أنه من قَبيل البراءة العامة، وجعَلها غيرَ مانعةٍ للوارث من الدعوى على الوصيِّ بعد صُدورها عامَّةً، وساقَ مسائلَ أُخَر ظنَّها مُستثنَاةً من البراءة العامة، قال الحموي: «وفيه: أنه وإن لم يكُن من الإبراء العامِّ فهو من الإقرار العامِّ، وهو يمنع [صحَّةَ] الدعوى [بعد ذلك] للتناقُض، والإقرارُ لمجهول وإن كان باطلًا، لكنَّ التناقُضَ إنما يمنع إذا تضمَّن إبطالَ حقٍّ على أحد»[1]، على أن ما ذكر من التناقُض غيرُ مُسلَّم؛ لحمل قولِه: لم يبقَ لي حقٌّ، أي: مما قبضتُه، على أن الإبراء عن الأعيان باطلٌ، وحينئذ فالوجهُ عدمُ صحة الإبراء، انتهى.

وهو كلامٌ يُعلَم اضمحلالُه بما نقلناه أوَّلًا من كلام «الخانية» وغيرها.

(**وبحَث فيه**)، أي: فيما ذكره عن «الخانية» من أنه لو أبرَأ الوصيُّ إبراءً عامًّا...

---

(١) عبارة الحموي (٢/ ٣٤٤): «قوله: وكذا إذا أقر الوارث... إلخ. فيه: أن هذا إقرار لغير معين لإبراء المعين، وهو لا يقتضي منع الدعوى؛ لأنه إقرار لمجهول، حيث لم يخاطب معينا، والإقرار لمجهول باطل، فلا يمنع التناقض به الدعوى. وقد اشتبه على المصنف رحمه الله، فظنه من قبيل البراءة العامة، وجعلها غير مانعة للوارث من الدعوى على الوصي بعد صدورها عامة، وساق مسائل أخر ظنها مستثناة من البراءة العامة. وقد حررت الحكم وبينت أنها ليست كما ظنه، وأنه لا يستثنى من البراءة العامة شيء فهي مانعة من الدعوى بما تقدم عليها مطلقا، وأوضحته برسالة سميتها: «تنقيح الأحكام في حكم الإقرار والإبراء العام». وصورة الإبراء العام أن يقول: لا حق لي قبل فلان، أو فلان بريء من حقي، أو لا دعوى لي على فلان، أو لا خصومة لي عليه، أو لا خصومة لي قبله، أو لا تعلق لي عليه، أو لا دعوى لي قبله، أو ليس لي معه أمر شرعي، أو لا أستحق عليه شيئا، أو أبرأتك من حقي، أو أبرأتك مما لي عليك، انتهى. أقول: فيه: أنه وإن لم يكن ما ذكره المصنف رحمه الله إبراء عاما، فهو إقرار عام يمنع صحة الدعوى بعد ذلك للمناقضة. ويجاب: بأن الإقرار فيما ذكر لمجهول، حيث لم يخاطب معينا بالإقرار، والإقرار لمجهول باطل، والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد».

إلى آخره، (الطرسوسيُّ)، بأن قوله: لم يبقَ لي حقٌّ، نكِرةٌ في سياق النفي، فتعُمُّ، فيقتضي أن لا تصحَّ دعواه، (بحثًا ردَّه)، أي: هذا البحث، (ابنُ وَهبان)، بأنه «لا تناقُض؛ لإمكان حملِه على ما قبضه؛ ألا ترى أن صورة المسألة فيما لو رأى شيئًا من تركة والده فيه يده، فإذا رأى شيئا من التركة[1] في يد الوصيِّ، وتحقَّقه: ساغَ له طلبُه، وله مَخرَجٌ عمَّا أقرَّ به، بأن يُؤَوِّلُه على ما مرَّ»[2]، انتهى.

قال ابن الشحنة: «ذكر المسألةَ في «العمادية» نقلا عن «المنتقى»، وقال: أشهَد الابنُ على نفسه أنه قبَض منه وأبرَأه، وعيَّن البراءةَ من الحقوق؛ إذ لا بد من التعيين، وجعَل المسألة الثانية مَقِيسًا عليها، ويظهر لي بينهما فرقٌ؛ فإن المُقِرَّ بخُلُوِّ ذمَّتِه ويدِه في المسألة الثانية غيرُ مُعيَّن، فلا يصحُّ الإبراءُ مع جهالة المُبَرَّأ، وقد نقل ذلك في «القنية»، ونقل عن الثاني والثالث نحوَه؛ إذ لا بد من التعيين حتى يمتنع عليه الطلبُ. ثم إنه يظهر لي في الوجه للمسألة الأُولى أنه إنما تُسمع دعواه استحسانًا، لا قياسًا؛ لقُوَّة شُبهة عدم معرفته بما يستحِقُّ من قِبَل والدِه؛ لقيام الجهل بمعرفة ما لوالده على جهة التفصيل والتحرير، بخلاف ما إذا كان مثلُ هذا الإشهاد مُجرَّدًا عن سابقة الجهلِ المذكور، فاستحسَنوا سَماع دعواه هنا، فتأمَّله»[3].

[استثناء: صالَح أحد الورثة وأبرَأ إبراءً عامًّا، ثم ظهَر في التركة شيءٌ]

المسألة (الرابعة) من المُستثنَيات من: لا تُسمع الدعوى بعد الإبراء العامِّ، بقوله: إلا ضمان الدَّرَك، وإلا إذا أبرَأ الوارثُ، وإلا إذا أقرَّ، والرابعة ما ذكرها بقوله: ثم إنه لو (صالَح أحدُ الورثة، وأبرَأ إبراءً عامًّا، ثم ظهر في التركة شيءٌ لم يكن وقتَ

---

(١) أي: تركة والده.

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الإقرار (٢/ ٢٧).

(٣) «شرح المنظومة الوهبانية» (٢/ ٢٧).

الصُّلح): لا روايةَ في جواز الدعوى، ولقائلٍ أن يقول: (تجوز دعوى حصَّتِه منه، وهو الأصحُّ)، ولقائل أن يقول: لا.

وفي «المحيط»: لو أبرَأ أحدُ الورثة الباقي، ثم ادَّعى التركةَ وأنكر: لا تُسمع دعواه، وإن أقرُّوا بالتَّرِكة: أُمِرُوا بالردِّ عليه.

(كذا في صُلح «البزازية»[(١)]).

وفي «الفواكه البدرية»: «لو أبرَأه إبراءً مطلقًا، أو أقرَّ أنه لا يستحِقُّ عليه شيئًا، ثم ظهر بعد ذلك أن المُقَرَّ له كان قبل الإبراء والإقرار مشغولَ الذِّمَّة من متروكِ أبِ المُقِرِّ، ولم يَعلم المُقِرُّ بذلك ولا بموتِ أبيه إلا بعد الإقرار أو الإبراء: لم يكُن له المُطالَبة بذلك، ويَعمل الإقرارُ والإبراءُ عملَه، ولا يُعذَر المُقِرُّ في ذلك»، انتهى.

[استثناء خامس: الإبراء العامُّ في ضِمْن عقدٍ فاسد لا يَمنع صحَّة الدعوى]

(الخامسة) من المُستثنَيات: (الإبراءُ العامُّ في ضِمْن عقدٍ فاسد تُسمع الدعوى به)، وتُقبل البيِّنةُ عليه، كما في دعوى «البزازية»[(٢)].

«قيل عليه: إنما ساغت الدعوى بعده لفساد الإبراء [العامِّ] بفساد الصُّلح، فانعدَم من أصله، بخلاف الإبراء الحاصل بعد الصُّلح، ولو كان الصلحُ فاسدًا، لا في ضمن الفاسد»، «حموي»[(٣)].

«وكذا الصُّلح عن دعوى فاسدة لا يَمنع [صحَّة] الدعوى. وفي «القنية»: يُفتى

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الصلح، الفصل السادس في صلح الأب والوصي (٦/ ٥١).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل التاسع في دعوى الصلح (٥/ ٣٥٥).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٣٤٥ـ٣٤٦).

بأن الإقرار وإن لم يكن في صُلبِ عقدِ الصلح، لكنَّه بناءً على أن الصلح الفاسد لا يَمنع الدعوى بعد ذلك»[١]، انتهى.

(وقد ذكَرنا بعد هذا أن الإبراء عن الرِّبا لا يصحُّ، فتصحُّ الدعوى عليه، وتُقبل البيِّنةُ عليه)، فيكون من المُستثنَيات.

[حادثة: أقرَّ أنَّ في ذمَّته له كذا وأبرَأه عامًّا، ثم ادَّعى أنه أقرَّ أن لا شيءَ له عليه]

(ثم اعلَمْ أن قولهم: لا تُسمع الدعاوى بعد الإبراء العامِّ إلا بحقٍّ حادثٍ بعده، يُفيد جوابَ حادثة)، وهي: (أقرَّ أنَّ في ذمَّته لفلان كذا، وأبرَأه) إبراءً (عامًّا، ثم ادَّعى بعدها أنه أقرَّ بعدهما أنْ لا شيءَ له في ذمَّته: فإنه تُسمع دعواه وتُقبل بيِّنتُه، ولا يَمنعها)، أي: الدعوى، (الإبراءُ العامُّ؛ لأنه إنَّما ادَّعى بما يُبطِل بعده، لا قبله).

(وقولُ قاضي خان في الصُّلح: إنه لو بَرهَن بعده)، أي: الصلح، (على إقراره قبلَه أنه لا حقَّ له: لم تُقبل بيِّنتُه)، والصلح ماضٍ؛ لأنه افتدى يمينَه[٢]، (ولو بَرهَن

---

(١) «غمز العيون» (٢/ ٣٤٦).

(٢) في هامش (خ): (قوله: لأنه افتدى يمينه... إلخ. وافتداء اليمين بالمال جائز، فكان إقدامه على الصلح اعترافا منه بصحة الصلح، فبدعواه بعد ذلك أنه لم يصح الصلح تناقَض، وهو يمنع صحة الدعوى، والبينة لا تقبل بدون صحة الدعوى؛ ألا ترى لو نكل المدعى عليه عن اليمين، فقضى القاضي بالمال عليه للمدعي، ثم أقام المدعى عليه البينة على إقرار المدعي قبل القضاء أنه لا حق له عليه: لم تقبل، فكذا هذا، بخلاف ما لو قضى عليه بالمال ببينة، ثم أقام البينة أن المدعي أقر قبل القضاء أنه ليس له عليه شيء: بطل المال عليه؛ لأنه لم يوجد من المدعى عليه الاعتراف بالمال، فصحت دعواه، فتقبل بينته، وإن أقام البينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء؛ لأنه زعم أنه أخذ الذي صالحه عليه بغير حق، فيجب رده، بخلاف الإقرار بالصلح؛ لأنه يجوز أن يجب له عليه حق =

بعده على إقراره بعده أن لا حقَّ له، وأنه مُبطِلٌ فيما ادَّعى: تُقبل) ويبطُل الصُّلحُ؛ لأن المُدَّعي بإقراره هذه لا يزعم أن الذي أخذه بدلُ الصُّلح، وأن القابض أخذه بغير حقٍّ، (يدلُّ على ما ذكرناه من أن إقرارَه بعد الإبراء العامِّ مُبطِلٌ).

(ولكن في «جامع الفصولين» من التناقُض: كفَل عنه بألفٍ لرجل يدَّعيه، فبَرهَن الكفيلُ على إقرار المكفولِ له ـ وهو يَجحَد ـ أنها قِمارٌ أو ثمنُ خمرٍ: لا تُقبل) بيِّنتُه، وليس له تحليفُ الطالب، (ولو أقرَّ به)، أي: بأن الألف قمارٌ أو ثمنُ خمر، (الطالب عند القاضي: برِئا)، أي: الكفيل والأصيل.

(وإنما لا تُقبل البيِّنةُ على الإقرار) في الصُّورة الأُولى (لأنها تُسمع) البيِّنةُ (عند صحة الدعوى، وقد بطَلت) الدعوى (للتناقُض)، أي: لأنه مُتناقِض؛ (لأن كفالته إقرارٌ بصحَّتِها)، أي: الكفالة، فدعواه بعد ذلك على إقرار المكفولِ له بأنها غيرُ صحيحةٍ: تناقُضٌ، (انتهى) كلامُ «الفصولين»[1].

= بعد إقراره، وإن كان القاضي علم بأن الرجل قد كان أقر عنده قبل الصلح بأنه ليس عليه شيء: بطل الصلح، وعلم القاضي هنا بمنزلة الإقرار بعد الصلح، انتهى من «رسالة» الشيخ حسن الشرنبلالي. وذكر قبل ذلك ما يخالف هذا، حيث قال: ادعى دينا، فأنكر المدعى عليه، وأعطاه مع الجحود، أو صالحه وأعطاه، ثم أقام البينة على إقرار المدعي أنه أقر قبل الصلح وقضاء المال أنه لم يكن لي قبل فلان شيء: بطل الصلح والقضاء، وإن لم يقض القاضي عليه حتى أقام هذه البينة: بطل المال عنه، ولا يقضى عليه بشيء، انتهى، «خزانة المفتين». وما قبل نقله في «المحيط» بقوله: قال في «المنتقى»: هشام عن محمد: لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي أقر قبل الصلح أو قبل قبض بدله، أنه ليس لي على فلان شيء: فالصلح ماض؛ لأن المدعى عليه إنما صالحه على اعتبار أنه افتدى يمينه بالصلح، وافتداء اليمين بالمال جائز،... إلى آخر العبارة المتقدمة. فظاهره أن المعتمد عليه هذا، ولذا جرى عليه المصنف).

(١) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى وفي دعاوى الدفع (١/ ١٠٤).

قيل عليه: لا محل لهذا الاستدراك؛ لأن اعتبار الإقرار في المسألة الأولى لكونه لا يزعم أن الذي أخذه بدل صلح، وأن القابض أخَذه بغير حقٍّ، كما في «العمادية»، وهذا ليس بموجود هنا، تأمل.

(وانظر ما كتَبناه) في هذا الكتاب نقلا (عن المُدايَنات)، أي: مداينات «القنية» (من مسألة دعوى الرِّبا بعد الإبراء)، وقد تقدَّمت.

(وآخر ما في «الجامع»)، أي: «جامع الفصولين»، (يدلُّ على أن التناقُض من الأصل مَعفُوٌّ عنه، فإنه قال) بعد أن ذكَر ما نقله المُصنِّف عنه: فإن أدَّى الكفيلُ المالَ إلى الطالب، وأراد أن يرجع على الأصيل، والطالب غائبٌ، فبَرهَن الأصيلُ[١] على أن المال كان قمارًا أو ثمنَ ميتةٍ أو نحوَه: لا تُقبل، ويُؤمر بأدائه إلى الكفيل، حيث قال: (ويُقال له[٢]: اطلُبْ خَصْمَك[٣] وخاصِمْه، انتهى[٤])، فجعَل له المُخاصَمة[٥] مع تقدُّم التزامه[٦] بالدَّين.

[فائدة: تُسمع الشهادةُ بدون الدعوى في مواضعَ]

(تُسمع الشهادةُ بدون الدعوى في الحدِّ الخالصِ لله تعالى)، وهو ما عدا حدَّ

---

(١) في (ع) هنا زيادة: (والطالب). وفي هامش (خ): (أي: على الكفيل).

(٢) قوله: ويقال له، أي: للأصيل.

(٣) قوله: خصمك: أي: المكفول له.

(٤) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى وفي دعاوى الدفع (١/ ١٠٤).

(٥) أي: مع المكفول له.

(٦) قوله: مع تقدم التزامه، أي: الأصيل؛ فإن الكفيل كفله بأمره، فهو معترف بالمكفول به، وهو المال، انتهى. فيكون متناقضا في المخاصمة بقوله في دعواه على المكفول له أنه قمار أو ثمة ميتة. كذا في هامش (خ).

القذف، فإنه لا تُسمع فيه الشهادةُ بدون الدعوى، (والوقفِ)؛ لأنه حقُّ الله، فلا تُشترَط فيه الدعوى، كالشهادة على الطلاق والعتاق، إلا إذا كان الموقوفُ عليه مُعيَّنًا، ولم يدَّعِ: لا يُعطَى من الغلَّة شيئًا، وتُصرَف إلى الفقراء.

وفي «المبسوط» هذا التفصيل قال: «**المختارُ** أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم: لا تُقبل البيِّنة بلا دعوى اتفاقًا، وعلى غير مُعيَّنين، كمسجد أو فُقراء: تُقبل عندهما، لا عنده»(١).

وقال ابن الشحنة في «شرح الوهبانية»: «هذا التفصيل لا بد منه؛ لأن البيِّنة إذا قامت على أن هذا وقفٌ يستحِقُّه قومٌ بأعيانهم: لا بد فيه من الدعوى لثُبوت استحقاقهم وتناوُلِهم، بخلاف ما إذا قامت على أنه وقفٌ على الفقراء، أو المسجد، أو نحوِ ذلك»، ثم قال: «وذكر النسفيُّ و«الذخيرة»: أن الشهادة على الوقف صحيحةٌ بدون الدعوى مطلقًا(٢)، وهذا الإطلاق غير صحيح، وإنما الصحيح أن **كلَّ وقفٍ هو حقُّ الله فالشهادة عليه صحيحةٌ بدون الدعوى، وكلُّ وقفٍ هو حقُّ العباد فالشهادة لا تصحُّ بدون الدعوى**؛ كمسألة ما لو باع أرضًا، ثم ادَّعى أنه كان وقَفها قبل البيع، وأراد تحليفَ المُدَّعَى عليه: ليس له ذلك؛ لأن التحليف يعتمِد صحةَ الدعوى، وإن أقام بيِّنةً على ما ادَّعاه قيل: تُقبل ويُنقض البيع، وبه أخذ الصدر الشهيد، وقال بعض: لا تُقبل، قال الفقيه: لا نأخُذ به، وفي «العمادية»: الأوَّل **أصحُّ**»(٣).

---

(١) نقله الحموي عن «حواشي العلامة قاسم على شرح المجمع الملكي». انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٤٩). ولم أجده في «المبسوط» للسرخسي.

(٢) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوقف، الفصل التاسع عشر في الدعاوى والخصومات والشهادات في الوقف، نوع في المسائل التي تعود إلى الدعوى في الوقف (٩/ ٢٧).

(٣) انظر: «شرح منظومة ابن وهبان»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٤ ـ ٢٤٥).

(وعتـقِ الأمَـة)، فلو شـهدا علـى عتقِهـا، إن جحَد المولـى عتقَهـا: تُقبل، وإلا لا تُقبـل، كما فـي «ابن الشـحنة»[١].

(وحُرِّيتها الأصليَّة)، فإنها تُقبل من غير دعوى، بخلاف عتق العبد، فإنه لا تُسمع فيه البيِّنة بلا دعوى عندهما، وعنده: تسمع. والفرق بينهما: أن عتق الأمة فيه تحريمُ الفرج، وهو حقُّ الله تعالى، بخلاف العبد.

---

(١) انظر: «شرح منظومة ابن وهبان»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٦). وليس فيه ما ذكره الشارح، وعبارته: «السادسة: الشهادة على عتق الأمة، وقد تقدمت استطرادا، والفرق بينها وبين مسألة العبد أن هذه الشهادة بحرمة الفرج، وهي حق الله تعالى، بخلاف العبد. وفي «العمادية»: هل يحلف حسبة في عتق الأمة وطلاق المرأة؟ أشار محمد رحمه الله في باب التحري إلى أنه يحلف، وكذا في «شرح القدوري»، وذكر السرخسي في مقدمة باب السلسلة أنه لا يحلف، فتأمله عند الفتوى».

وفي هامش (خ): (قوله: كما في «ابن الشحنة». الظاهر أن الشارح أخلَّ بالنقل عن ابن الشحنة في «شرح الوهبانية»؛ لأن العبارة المذكورة لا يعقل لها معنى، ولا يصح فيها حكم شرعي بوجه من الوجوه. وعبارة «أبي السعود» عن «شرح الوهبانية»، أي: لابن الشحنة: شهد ابناها وهما حران أن مولاها أعتقها على ألف درهم، والمولى يجحد، فإن كانت الجارية تدعي: لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأمهما، وإن كانت تجحده: تقبل؛ لأنهما يشهدان عليها بالمال، انتهت. وهذا غير موضوع المصنف؛ فإن كلامه في عدم اشتراط الدعوى لصحة الشهادة، وصورته: يجوز للشهادين أن يشهدا، وتقبل شهادتهما بعتق الأمة، وإن لم تدعي الأمة، وهذا بالإجماع، وكذا في عتق العبد عندهما، خلافا للإمام، حيث لا تقبل البينة على عتق العبد بلا دعوى عنده، انتهى، «عمدة». ومثله في «الملتقى» من كتاب العتق، وعبارته: «ولا تشترط الدعوى لصحة الشهادة على الطلاق وعتق أمة معينة. وفي عتق العبد وغير المعينة تشترط، خلافا لهما، انتهت. وأصله: أن العتق من حقوق العباد عنده، فتشترط الدعوى، وعندهما: من حقوق الشرع، فلا تشترط، انتهى. وبه يعلم بطلان عزو الشارح مذهب الصاحبين للإمام، ومذهب الإمام لهما، وهذا من قلة تحريه، وعدم تمام فقاهته، ويمكن أن يجاب عنه بأنه من تغييرات الناسخ، قبحه الله تعالى).

وهل يُحلَّف في عتق الأمَة وتحريم فرجها في دعوى الحِسْبة؟ قيل: يُحلَّف، وقيل: لا، فليَتأمَّل المُفتي.

ويُشترط حضورُ مولى الأمَة[١]. وهل يُشترط حضورُ المرأة والأمة؟ قيل: يشترط[٢]، وقيل: لا، وهو **المشهور**.

(و) كذا تُسمع الشهادةُ بدون الدعوى **(فيما)**، أي: في كلِّ ما، **(تمحَّض حقًّا لله تعالى، كـ)** الشهادة على **(هلال رمضان)**، فإنه تُسمع الشهادةُ فيه بدون الدعوى، بخلاف غيرِه من الأشهُر. قال ابنُ الشحنة: «إن كان[٣] في هلال غيرِ رمضان إثباتَ حقِّ الله تعالى: فتُقبل من غير دعوى، فيَشمل هلالَ رجب وشعبانَ فيما إذا قُصِد بإثباته أمرٌ دينيٌّ، كما لو غُمَّ هلالُ رمضانُ، فيحتاج إلى إثبات أوَّل شعبان، وإذا غُمَّ هلالُ شعبان: يحتاج إلى إثبات رجب، وهلُمَّ جرًّا، ولذلك أطلقَه[٤] في «النظم»»[٥]، انتهى.

«وهل يُشترط الحكمُ بذلك؟ قال محمد[٦]: لا نصَّ لهذا في الكتاب، وينبغي أن لا يُشترط، بل يكفي الأمرُ بالصوم والخروج إلى المُصلَّى»[٧]، انتهى.

واختُلف في هلال عيدِ الفطر، فقيل: هو كهلالِ رمضان، وقيل: كغيره؛ لأنه اجتمَع فيه الحقَّان.

---

(١) في صورة عتق الأمة.

(٢) أي: ليشير إليها الشهود.

(٣) أي: القصد من الشهادة.

(٤) أي: لفظ «الهلال».

(٥) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٦).

(٦) في هامش (خ): (قوله: محمد، لعله ابن الفضل).

(٧) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٦).

(و)في (الطلاق) تُسمع فيه البيِّنةُ بدون دعوى، وأطلَق فيه، وقيَّده في «النهاية» بما إذا كان الزوجُ حاضرًا. أما إذا كان غائبًا، فلا.

(و)كذا في (الإيلاء والظِّهار)، ويُشترط فيهما أن يكون المشهودُ عليه حاضرًا.

(وتمامُه في «شرح الوهبانية»).

قال فيه: «والنَّسَب تُقبل فيه الشهادة من غير دعوى؛ لأنه يتضمَّن حُرماتٍ كلَّها لله تعالى: حرمة الفروج[1] والأُمومة والأُبُوَّة، فتُقبل، كما في العتق[2]، وقيل: لا تُقبل[3]». قال ابنُ وهبان: «والظاهر أن الجواز مخرج على قولهما، وعدمه على قياس قول الإمام»[4].

وكذا تُسمع الشهادة بدون الدعوى في التدبير، وقيل: هو على الخلاف، كما في عتق العبد.

وتمامُ ما فيه[5] أتينا عليه في أثناء الشرح.

[فائدة: دفعُ الدعوى، وكذا دفعُ الدفع، ما وزاد عليه: يصحُّ]

(دفعُ الدعوى صحيحٌ، وكذا دفعُ الدفع، وما زاد عليه: يصحُّ)، وإن كان أكثرَ من ثلاث، (وهو المختار)، بأن «ادَّعى عليه ملكًا مطلقًا، فأجابه المُدَّعى عليه بأنه اشتراه منه، فقال: تقايَلنا البيع، فدفَع بأنَّك أقرَرتَ بأنك اشتريتَه منِّي: تُسمع لو كان الشُّهودُ عُدولًا»، «بيري»[6].

---

(١) في النسخ: (الفرج)، والمثبت من «شرح الوهبانية».

(٢) أي: عتق الأمة.

(٣) أي: من غير خصم.

(٤) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٥).

(٥) أي: في «شرح الوهبانية».

(٦) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ١١٠).

(وكما يصحُّ الدفعُ قبل إقامة البيِّنة، يصحُّ بعدها)، كما في «البزازية»[١].

وفي «الدرر»[٢] ما يُخالفه من أنه إنما يصحُّ قبل الحكم، لا بعده؛ لتأكُّدِها بالقضاء. قال: «بَرهَن أنه ابنُ عمِّه لأبيه وأُمِّه، وبَرهَن الدافعُ أنه ابنُ عمِّه لأُمِّه فقط: كان دفعًا قبل القضاء بالأوَّل، لا بعده؛ لتأكُّده بالقضاء، بخلاف الأوَّل»[٣].

وفي «البحر» اضطرب في النقل، ومالَ إلى ما في «الدرر»[٤].

(وكما يصحُّ) الدفعُ (قبل الحكم، يصحُّ بعده) مطلقًا، سواء أَخَذ العين أو لا، «بقِيت العينُ في يد المُدَّعي أو باعَها من غيره»، «بيري»[٥].

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض (٥/ ٣٨٤).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وفي «الدرر»، أي: في فصل الاستشراء من باب دعوى النسب، حيث قال: ادعى العصوبة وبين النسب، وبرهن الخصم أن النسب بخلافه، إن قضى بالأول: لم يقض به، وإلا تساقطا للتعارض وعدم الأولوية. وفيها: برهن أنه ابن محمد لأبيه وأمه، وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأبيه فقط: كان دفعا قبل القضاء بالأول، لا بعده؛ لتأكده بالقضاء، بخلاف الأول. وفيها أيضا: ادعى ميراثا بالعصوبة: فدفعه أن يدعي صاحبه قبل الحكم إقراره بأنه من ذوي الأرحام، ونقل عزمي زاده عن «العمادية» ما يوافق ذلك، واضطرب النقل في «البحر»، ومال إلى عدم قبول الدفع بعد القضاء، حيث قال: واعلم أن قولهم: إن الدفع بعد الحكم صحيح، مخالف لما قدمناه من أن القاضي لو قضى للمدعي قبل الدفع، ثم دفع بالإيداع ونحوه، فإنه لا يقبل، إلا أن يخص من الكلي، فافهم، انتهى بحروفه. والمعتمد ما جرى عليه في «الأشباه» من قبول الدفع مطلقا، إلا إذا ظهر التحيل من الدافع، فلا يقبل، فتبصر).

(٣) «درر الحكام»، كتاب الدعوى، بداية فصل الاستشراء والاستيهاب والاستيداع (٢/ ٣٥٥).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب التحالف، فصل في دفع الدعوى (٧/ ٢٣١).

(٥) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ١١٠).

وفي «جامع الفصولين»(١): «إن الدفع بعد الحُكم في بعض المواضع لا يُقبل إذا أمكن التوفيقُ، كما لو برهن بعد الحكم أن المُدَّعي أقرَّ قبل الدعوى أنه لا حقَّ له في الدار: فإنه لا يبطُل الحكم؛ لجواز التوفيق بأنه شراه بخِيار، فلم يملِكْه في ذلك الزمان، ثم مضَتْ مُدَّةُ الخيار وقتَ الحكم، فملَكه، فلما احتمل هذا: لم يبطُل الحكم، ولو بَرهن قبل الحكم: تُقبل، ولا يُحكَم؛ إذ الشكُّ يَمنع الحُكمَ، ولا يرفعه»(٢)، انتهى.

(وكما يصحُّ) الدفعُ (عند الحاكم الأوَّل، يصحُّ عند غيره)، بأن حكم له، ثم رفَعا إلى قاضٍ آخرَ، وجاء المُدَّعى عليه أوَّلا بالدفع: يُسمَع، ويبطُل حكمُ الأوَّل(٣).

(وكما يصحُّ) الدفعُ (قبل الاستمهالِ) يومَين مثلا، (يصحُّ بعده)، فلو استمهَل يومَين، ولم يأتِ بالدفع، وحُكم عليه، ثم بَرهن: يُقبل، (وهو المُختار)، ويبطُل الحكمُ الأوَّل، كذا في «جامع الفصولين»(٤).

[مسائلُ لا يصحُّ فيها دفعُ الدعوى]

(إلا في ثلاث) مسائلَ، فإنه لا يصحُّ فيها دفعُ الدعوى:

(الأُولى: لو قال بعد الدعوى) عليه، أو بعد الحكم: (لي دفعٌ، ولم يُعيِّن وجهَه)، أي: الدفع، (لا يُلتفَت) إليه، ويُحكَم عليه.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وفي «جامع الفصولين»، هو بحث منه مبني على القول بإمكان التوفيق، والمبحوث فيه، وهو كلام مبني على اشتراطه بالفعل، ولذا رد في «نور العين» على «جامع الفصولين» بما ذكرنا، انتهى).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى ودعاوى الدفع (١/ ١١٣).

(٣) في (خ): (الحكم الأول).

(٤) «جامع الفصولين» (١/ ١١٣).

(الثانية: لو بيَّنه)، أي: الوجه، لكن قال: (بيِّنتي به غائبةٌ عن البلدة: لم يُقبل).

(الثالثة: لو بيَّن) المُدَّعى عليه (دفعًا فاسدًا: لم يُقبل).

(و)أما (لو كان الدفعُ صحيحًا)، ولو كان لدعوى فاسدةٍ، كما في «البزازية»[(١)]، وفائدتُه مع كونِ الدعوى غيرَ مسموعة: أنه لو أعادَها على وجه الصحَّة: ينتفِع به، (وقال: بيِّنتي حاضرةٌ في المصر، يُمهِله القاضي إلى المجلس الثاني)، «خلاصة»[(٢)]. وعلَّل[(٣)] في الأقضية: «لا يُمهله على وجهٍ يبطُل به حقُّ المُدَّعي، وإنما يُمهله ثلاثةَ أيام وما أشبَه ذلك»[(٤)].

(كذا في «جامع الفصولين»[(٥)]).

(والإمهالُ) في هذه الصُّوَر (هو المُفتى به، كما في «البزَّازية»[(٦)]). و(على هذا)، أي: المُفتى به من الإمهال، (لو أقرَّ) لرجل (بالدَّين، وادَّعى الإيفاءَ له، أو) ادَّعى (الإبراء، فإن قال: بيِّنتي في المصر، لا يُقضَى عليه) بالمال، بل يُمهَل ثلاثةَ أيام، (وإلا)، بأن قال: لا بيِّنةَ لي، أو لا بيِّنةَ لي في المصر، (قُضِي عليه) بمُوجَب الإقرار، ولا يُمهَل.

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض (٥/ ٣٨٤).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الدعوى، الفصل السابع عشر فيما يكون دفعا من المدعى عليه، الجنس الأول (٤/ ١٢٥).

(٣) في هامش (خ): (قوله: وعلل... إلخ، تعبير عليل، فلتحرر العبارة من كتاب معتبر).

(٤) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى وفي دعاوى الدفع (١/ ١١٣).

(٥) «جامع الفصولين» (١/ ١١٣).

(٦) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض (٥/ ٣٨٤).

[فائدة: الدفع بعد الحكم صحيحٌ، إلا في المخمَّسة]

(الدفعُ بعد الحكم صحيحٌ[١]، إلا في مسألة المُخمَّسة)، وهي: الوديعة، والإجارة، والإعارة، والرَّهن، والغصبُ، فلو قضى القاضي ببيِّنة المُدَّعي، ثم برهَن ذو اليد بعد الحكم على ما ذُكر: لا تُسمع.

(كما ذكرتُه في «الشرح»). قال فيه: «اعلم أن قولهم: الدفع بعد الحكم صحيحٌ، مُخالفٌ لما قدَّمناه من أن القاضي لو قضى للمُدَّعي قبل الدفع، ثم دفع بالإيداع ونحوه: فإنه لا يُقبل، إلا أن يُخَصَّ من الكُلِّيِّ، فافهَمْ»[٢].

وأما ما قدَّمناه عن «الدُّرَر» من مسألة: «برهَن أنه ابنُ عمِّه لأُمِّه وأبيه، وبرهَن الدافعُ أنه ابنُ عمِّه لأُمِّه فقط، أو على إقرار الميِّتِ به: كان دفعًا قبل القضاء، لا بعده؛ لتأكُّده بالقضاء»، مبنيٌّ على الخلاف في ذلك، لا أنه من المُستثنَيات، كما تُوُهِّم.

[فرع: أقرَّ بالدَّين بعد الدعوى، ثم ادَّعى الإيفاءَ: لم يُقبل]

(أقرَّ) رجلٌ لآخرَ (بالدَّين بعد الدعوى) عليه به، (ثم ادَّعى إيفاءَه له: لم يُقبل؛ للتناقُض، إلا إذا ادَّعى إيفاءَه له بعد الإقرار به والتفرقةِ عن المجلس)؛ لعدم التناقُض، وإن ادَّعى الإيفاءَ قبل الإقرار: لا يقبل، (كذا في «جامع الفصولين»[٣]).

وقيَّد الدعوى[٤] بـ«بعد الإقرار»؛ لأنه لو ادَّعى بعد الإنكار: قُبِل؛ لإمكان

---

(١) في هامش (خ): (قوله: الدفع بعد الحكم صحيح. هذا قد تقدم على وجه معول عليه، وهو عدم استثناء المخمسة؛ فإن الاستثناء المذكور مبني على خلاف المختار، كما أفاده في «نور العين»، فتنبه لذلك، انتهى).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب التحالف، فصل في دعوى الدفع (٧/ ٢٣١).

(٣) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى (١/ ١٠٦ ـ ١٠٧).

(٤) في هامش (خ): (قوله: وقيد الدعوى، أي: دعوى الإيفاء، «حموي»).

التوفيق؛ لأن غيرَ الحقِّ قد يُقضَي وتَبْرأ ذِمَّتُه، وكذا لو ادَّعى عليه مالا، فقال: أدَّيتُه في بلدة كذا، وعجَز عن البيِّنة، ثم قال: أدَّيتُه في بلدة كذا، لغير تلك البلدة، وأقام بيِّنةً: تُقبل؛ لإمكان التوفيق، انتهى، «شيخنا»[١].

[فائدة: الدفعُ من غير المُدَّعى عليه لا يصحُّ، إلا الوارث]

(الدفعُ من غير المُدَّعى عليه لا يصحُّ، إلا إذا كان أحدَ الورَثة)، فإنه يصحُّ لانتصاب أحدِهم خصمًا عن الباقين.

«ونُقِض بأن الدفع يصح على البائع وإن لم يكُنْ مُدَّعًى عليه، وأُجيب بأنه مُدَّعًى عليه معنًى، فنقول: كذا الوارثُ مُدَّعًى عليه معنًى، فلا وجهَ للاستثناء»، «حموي»[٢].

[فائدة: لا ينتصِب أحدٌ خصمًا عن أحدٍ قصدًا، إلا في مسائلَ]

(لا ينتصِب أحدٌ خَصْمًا عن أحدٍ قصدًا بغير وكالةٍ ونيابةٍ وولايةٍ، إلا في مسألتَين):

(الأُولى: أحدُ الورثة ينتصِب خصمًا عن الباقي)، مع أنه ليس بواحدٍ من الثلاث، فيقُوم مقامَهم فيما يستحقُّ للميِّت مطلقًا وعليه؛ لأن كلَّ واحدٍ منهم خلَفٌ عنه. هذا في دعوى الدَّين، وإن لم يكن في يده شيءٌ. وفي دعوى العين: لا بد من كونِها في يده، حتى لو ادَّعى على أحدهما عينًا، ولم تكن في يده: لا تُسمع، كما في «البزازية»[٣].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: «شيخنا»، مراده به: أبو السعود في «حاشيته». وتمام عبارته: وفيما ذكره من إمكان التوفيق نظر ظاهر، والحق أن لا نظر، كما أشار له الشارح بعدم نقله؛ لأنه لا مانع من كونه في بلد، ثم بلد آخر إذا لم يتحد الزمن في الكينونتين، فلعل أبا السعود ناظرٌ لاتحاد الزمن، انتهى).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٥٢).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع (٥/ ٣٠٧_٣٠٨) والفصل الرابع في دعوى الدين (٥/ ٣٤٨).

وفي «الخانية»: «هذا إن ترَكَ شيئًا، وإلا فلا تُسمع»[١].

وفي «العمادية»: تُسمع وإن لم يترك شيئًا؛ لاحتمال ظهور تركةٍ بعد ذلك. فإن قال الوارثُ: لم يصِلْ لي شيءٌ من ميراث أبي، فإن صدَّقه المُدَّعي: فلا شيء، وإلا يُحلِّفه على البتات، وإن نكل: ألزمه.

ولو ادَّعى الوارثُ دَينًا للميِّت، وقُضي به: يكون قضاءً للجميع.

وهذا إذا اتفقا على الإرث واتحادِ السبب والجهة. أما إذا اختلفا، فالقضاء لأحدهما قضاءٌ للميِّت وعليه، لا للوارث الآخر وعليه؛ ألا ترى أنه لو ادَّعى أحدُهما أن لأبيهما على فلان ألفًا قرضًا، وأقام البيِّنة، وكذَّبه الآخرُ وأقام البيِّنة أنه من ثمن مبيعٍ: قضى لكلٍّ واحد بخمسمائة بالجهة التي ادَّعى، بحيث لا يُشارك أحدُهما صاحبَه فيما قبَضه.

«فإن قيل: لو صلَح أحدُهم للخلافة لكان كالميِّت، ولجاز له استيفاءُ الجميع كالميِّت، ولكن لا يُدفع له سوى نصيبِه بالإجماع. قلنا: في الاستيفاء لا يكون نائبًا عن غيره؛ لأنه عاملٌ فيه لنفسه[٢]»، «عناية»[٣].

ولو ادَّعوا على رجل حقًّا بحكم الميراث، فحلَّفه أحدُ الورَثة: ليس للباقِين

---

(١) قال فيها (٢/ ٣٧١): «رجل ادعى دينا على الميت بحضرة وارثه أو وصيه: ذكر في «الجامع» في الوصايا أنه لا تسمع دعواه؛ لأن الوارث لا يكون خصما لمن يدعي دينا على الميت إذا لم يترك الميت شيئا».

(٢) قال في «العناية»: «ولقائل أن يقول: فليكن عاملا لنفسه في نصيبه، ونائبا عن غيره فيما زاد، ولا محظور فيه».

(٣) «العناية شرح الهداية»، كتاب أدب القاضي، مسائل شتى من كتاب القضاء، فصل في القضاء بالمواريث (٧/ ٣٥٠).

تحليفُه، بخلاف أحدِ المُشترين إذا حلَّف المُدَّعى عليه: فللباقي تحليفُه. والفرق ما قدَّمناه من انتصاب أحدِ الورثة خصمًا عن الباقين، دون الشُّركاء.

وكذا «لو أوصى لرجل بجميع ماله، ولا وارثَ هناك ولا وصيَّ: يكون خصمًا لمن يدَّعي دينًا على الميِّت»، كما في «الخانية»[1].

وكذا الزوجة لو غاب زوجُها، وكان خيَّاطًا عنده ثيابُ الناس، وعينُ الثياب عندها: تكون خصمًا، ولهم الطلبُ والأخذُ منها، كما في «القنية».

فيُزاد هنا مسألتان على المُستثنى.

(الثانية: أحدُ الموقوف عليهم ينتصِب خصمًا عن الباقي، كذا حرَّره ابنُ وهبان عن «القنية»). قال في «الوهبانية»:

«ومِن مُستحقِّيه يُخاصم بعضُهم عن الكلِّ أو[2] لا بدَّ للكلِّ يحضُر»

قال شارحُها: «اشتمل على مسألة فيها تفصيلٌ، وهي في «المحيط» و«القنية»، قال فيها: وقفٌ بين أخَوَين، مات أحدُهما وبقي في يد الحيِّ وأولادِ الميِّت، ثم أقام الحيُّ البيِّنَةَ على واحدٍ من أولاد الأخ أن الوقف بَطْنًا بعد بطن والباقي غُيَّبٌ، والواقفُ واحد، [والوقفُ واحدٌ]: تُقبل، وينتصِب خصمًا عن الباقين. ولو أقام أولادُ الأخ بيِّنةً أن الوقف مطلقٌ عليك وعلينا: فبيِّنةُ مُدَّعي الوقف بطنًا بعد بطن أَولى. ثم رمَز لرُكن الأئمَّة الخزاف، وقال: وقفٌ بين جماعة، فلو أحدٌ منهم أو وكيلُه ادَّعى على واحد منهم أو وكيلِه: [يصحُّ الدعوى] إن كان الوقفُ[3] واحدا. ثم

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب الدعوى (٢/ ٣٧١).

(٢) في النسخ: (إذ). والمثبت من «المنظومة الوهبانية».

(٣) كذا في (ع) و«شرح المنظومة الوهبانية». وفي (خ): (الواقف).

رمَز للقاضي عبد الجبَّار، وقال: لا تصحُّ الدعوى على بعضهم إن كان المحدودُ في أيدي جميعهم، ولا يصح القضاءُ إلا بقدرِ ما في أيدي[١] الحاضِرين. ثم اعلم أن هذا فيما إذا كان أصلُ الوقف ثابتًا، وإلا فالمُستحِقُّ لا ينتصِب خصمًا في إثبات الوقف، وقد صرَّح بذلك في «المحيط»»[٢]، انتهى.

وزاد البيري في المُستثنى مسألةً أُخرى، وهي: «قال محمد: لو قال: سالم وبُزَيغ وميمون أحرارٌ، وأقام واحدٌ منهم البيِّنَةَ على ذلك، ثم جاء غيرُه: لا يُعيد البيِّنة؛ لأنه إعتاق واحد»[٣]، انتهى.

[فائدة: لا يجوز للقاضي تأخير الحكم، إلا في مسائل]

(لا يجوز للقاضي تأخير الحكم)، فيجب الحكم (بعد وجود شرائطه)، حتى لو أخَّر: يأثَم، ويستحِقُّ العزلَ، ويُعزَّر. وفي «سيف القُضاة» أنه يكفُر، وقيَّده ابنُ ملَك بما إذا لم يرَه واجبًا، انتهى، يعني: فرضًا؛ إذ مُنكِر الوجوبِ لا يكفُر.

(إلا في ثلاث) مسائلَ، فإنه يجوز له التأخير:

(الأُولى): تأخيرُه (لرَجاء الصُّلح بين الأقارب) وغيرِهم، كما بحَثه في «الزواهر»، وأقرَّه البيري[٤]، وفي «خزانة الأكمل» ما يُشير إليه، قال فيها: «إذا طمِع القاضي في إرضاء الخصمَين[٥]: لا بأس بردِّهم، ولا يُنفذ الحكمَ بينهما لعلَّهما

---

(١) في النسخ: (يد). والمثبت من «شرح المنظومة الوهبانية».

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية»، آخر كتاب الوقف (١/ ٢٦٩).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١١٣).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١١٣ ـ ١١٤).

(٥) في «الخزانة»: (اصطلاح).

يصطلحان، ولا يردُّهم أكثرَ من مرَّتَين، وإن لم يطمع: أنفَذ القضاءَ»[١]، انتهى؛ لأن الشكاية عداوةٌ.

(الثانية: إذا استمهَل المُدَّعي القاضي) فإنه يُمهله، كأن ادَّعى زيدٌ على عمرو حقًّا، فسمِع القاضي دعواه وطلَب البيِّنة، واستمهَله: يُمهله. وكذا أقامَ[٢] البيِّنة، وادعى ما تندفع به البيِّنةُ، وطلب منه الإمهالَ: فإنه يُمهل إن ادَّعى دفعًا صحيحًا، وإلا فلا يُمهله ولا يَلتفت إليه، كما مرَّ.

(الثالثة: إذا كان عنده)، أي: القاضي، (رِيبةٌ) في الشهود، فإنه يَتمهَّل في الحكم، ولا يأثم بتأخير القضاء.

ومنه ما في «الخلاصة»: «إذا لم يقَعْ اعتمادُه على فتوى أهل مصرِه، فبعَث الفتوى إلى مصر آخر: لا يأثم بتأخير القضاء»[٣].

[فائدة: البقاء أسهل من الابتداء، إلا في مسائل]

(البقاءُ أسهلُ من الابتداء، إلا في مسألتَين):

الأُولى: (إذا فسَق القاضي) بأخذِ الرِّشوة أو بغيرها: (فإنه ينعزِل) بالفسق، وهو اختيارُ الطحاوي وعليٍّ الرازيِّ؛ لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايته؛ لأنه إنما

---

(١) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب أدب القاضي، كتاب (٤/ ٨٤). وانظر: عمدة ذوي البصائر (٢/ ١١٣ ـ ١١٤).

(٢) كذا في النسخ. ولعل الأولى: (لو أقام).

(٣) أما إذا أخر الحكم خوفا من المدعى عليه أو أمر المدعي بالصلح، ففعل فصالح بإلحاح القاضي: فالقاضي يأثم. «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل العاشر في الحظر والإباحة، جنس آخر (٤/ ٤٨). وانظر: عمدة ذوي البصائر (٢/ ١١٤).

ولّاه اعتمادًا عليها، فلم يرضَ بقضائه بدونها، واختار هذه الرواية ابنُ الكمال، قال: **والفتوى على أنه ينعزل**[١].

(**وإذا ولّى**) السلطانُ (**فاسقًا**) ابتداءً: (**يصحُّ**)؛ لأنه أهلٌ للشهادة، فهو أهل القضاء، لكنه لا يُقلَّد، ومُقلِّدُه آثِم؛ إذ لا يُؤمَن عليه، (**وهو**)، أي: ما ذُكر من عزل الفاسق، (**قولُ البعض**)، أي: بعض المشايخ، كما قدَّمناه.

قال في «الهداية»: «ولو كان عدلا، ففسَق بأخذ الرِّشوة أو غيرِها: لا ينعزل، وإنما يستحِقُّ العزلَ، وهذا هو الظاهر من المذهب، وعليه مشايخُنا رحمهم الله تعالى»[٢]. ومُقتضاه: نفوذُ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يُعزَل. وهذا إذا لم يُشترط في التقليد أنه متى فسَق انعزل، وهو ظاهر.

(**وجوابُه**)، أي: توجيه هذا الاستثناء، (**في «النهاية» و«المعراج»**). ومُحصَّل ما فيهما: اعتُرض بأن قولَ الفقهاء: البقاءُ أسهلُ من الابتداء، يُنافي جوازَ التقليد مع الفسق ابتداءً والعزلَ بالفسق الطارئ، والأوَّلُ ثابتٌ؛ لأنه من مُسلَّمات هذا الفنِّ، يبتني عليه أحكامٌ كثيرة، كبقاء النكاح بلا شُهود وامتناعُه ابتداءً بدونها، وجواز الشُّيوع في الهبة بقاء، لا ابتداءً، فينتفي الثاني، وهو ثبوتُ القضاء بالفسق ابتداءً والعزل بالفِسق الطارئ.

والجواب يُؤخَذ من الدليل المذكور، وهو أن التقليد كان مُعلَّقًا بالشرط، وتعليقُ القضاء والإمارة به جائزٌ، وكذا تعليقُ العزل به جائز، والمُعلَّق بالشرط ينتفي

---

(١) انظر: «الإيضاح في شرح الإصلاح»، كتاب القضاء (٢/ ١٨٦).

وفي هامش (خ): (قوله: قال: والفتوى... إلخ. نقل أبو السعود أنه غريب؛ لأن المذهب خلافه، وهو استحقاقه العزل، انتهى).

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي (٧/ ٢٥٤).

بانتفائه، وهذا بخلاف الإمام والأمير، فإنه إذا فسَق: لا ينعزل؛ لأن القضاء مبنيٌّ على العدالة، بخلاف الإمارة، فإنها مبنيَّةٌ على القهر والغلبة، انتهى.

(الثانية: الإذن)، أي: إذن المولى، (لـ)لعبد (الآبق صحيحٌ)، إن علِم الآبق بالإذن، (وإذا أبَق) المأذونُ: (صار محجورًا عليه)، وإن لم يعلم أهلُ السوق إباقَه، ولا يعُود بعَوده على **الصحيح**، (ذكره الزيلعي في) كتاب (القضاء[1]). فعدمُ الإباق لم يُغتفَر ابتداءً واغتُفر انتهاء، حيث انحجر بالإباق بعد الإذن.

لكن في «البزازية» و«الخانية» ما يخالفه، قال فيهما: «إذا أذِن لعبده الآبق: لا يصحُّ إذنُه، وإن علِم الآبق، وإن أذِن له في التجارة مع من كان العبد في يده: صحَّ إذنُه»[2]، انتهى، إلا إن يُحمل إطلاقُ «الزيلعي» على ما قيَّده في «الخانية»، وقد تقدَّم من المصنِّف قُبَيل القاعدة الخامسة من قواعد النوع الثاني هذا التقييدُ.

وبما قرَّرناه اندفع ما قيل: إنه لا يخفى أن اللازم من صحة الإذن للآبق، وحجرِ المأذون بطُرُوء إباقه: كونُ البقاء أسهلَ، كما ترى، فما وجهُ صحة الاستثناء؟

ولا حاجة إلى الجواب عنه بأن بناء الاستثناء على اعتبار أن البقاء والابتداء صفتان للإذن، لا للإباق، وإن اشتمل[3] أيضًا على بقاء وابتداء، حيث كان الآبقُ مأذونًا بالإذن الطارئ، والمأذونُ محجورًا بالإباق الطارئ: لزم كون البقاء أصعبَ من الابتداء، لا أسهلَ منه، فصحَّ الابتداء.

وحاصله: أن ابتداء الإذن جامَع الإباق ولم يُنافه، وأن بقاء الإذن نافاه ولم يُجامعه.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء (٤/ ١٧٦).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب المأذون (٦/ ١٣٦)، و«فتاوى قاضي خان»، كتاب المأذون (٣/ ٦٢٨).

(٣) أي: الإباق.

وقد يُعارض، فيقال: حيث أثَّر الإذنُ الطارئُ، وصار الآبق مأذونًا، وزال الإذنُ السابقُ بطُرُوء الإباق: كان بقاءُ الإذن أسهلَ من ابتدائه؛ إذ الزائلُ الذي زال أثرُه بزواله أسهلُ من الطارئ الذي ثبت أثرُه بطُرُوئه[١]، تأمل.

ثم «إن أَسْر الآبقِ وإحرازَه بدار الحرب حجرٌ، وبدون الإحراز ليس بحَجْر، ولِحاقُه بدار الحرب مُرتدًّا حجرٌ، وموت الأب حجر للصبي، وكذا موتُ الوصيِّ وعزلُه. ولو أذِن القاضي للمعتوه أو الصبي في التجارة، ثم عُزل القاضي: كانا على الإذن؛ لأن بعزل القاضي لا يبطُل شيءٌ من قضاياه»، «بيري»[٢].

[فائدة: كلُّ مَن قُبِل إقرارُه قُبلت بيِّنتُه، ومن لا فلا، إلا في مسائل]

(كلُّ مَن قُبل إقرارُه قُبلت بيِّنتُه)، كإقراره بالوالدَين والزوجة والمَولى والولد، (ومن لا) يُقبل إقرارُه (فلا) تُقبل بيِّنتُه، كالإقرار بالعمِّ والأخِ وابنِ الابن والجدِّ؛ لأنه ليس بخصم؛ **لأن الأصل أن البيِّنة لا تُقبل إلا من خَصْم على خصم**، ولا يكون خصمًا إذا كان المُدَّعى به مما يجوز إقرارُه ويلزمه، ويثبُت بتصادُقِهما، فتُقبل بيِّنتُه فيه.

(إلا إذا ادَّعى إرثًا، أو نفقةً، أو حَضانة): فإنه لا يُقبل إقرارُه، وتُقبل بيِّنتُه، فلو قال لرجل: أنت أخي، ومات أبوك وترك مالا في يدكَ، وهو ميراثٌ بيني وبينك، تُقبل بيِّنتُه وإن لم يعمَلْ إقرارُه، أو ادعى أنه أخوه ويطلُب نفقته، أو التَقط صغيرًا فادَّعت عليه امرأةٌ أنه أخوها، وأقامت بيِّنةً على ذلك: تُقبل ويُدفع إليها؛ لأنها ادَّعت حقًّا على الحاضر، وهو الانتزاع من يده بسبب الحَضانة لكونها أحقَّ بها منه، ولا يُتوصَّل إلى ذلك الحق إلا بإثبات الأُخُوَّة، فانتصب المُلتقِط خصمًا عن الغائب.

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٥٤).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١١٥).

ثم إن صدقَ المُدَّعى عليه في هذه الصورة: يصحُّ في حقِّ نفسه، فيلزمه الأحكامُ من النفقة والإرث والحضانة، ويرث منه، لكن يُؤخَّر عن ذوي الأرحام ومولى الموالاة، ويصحُّ رجوعُه عن الإقرار ولو بعد التصديق، كما في «البدائع»[1].

[فرع: ادَّعى أنه أخوه أو جدُّه أو ابنُ ابنه: لا تُقبل]

ثـم فـرَّع على الأصـل المذكور، أعني قولـه: مَن قُبِل إقـرارُه... إلـخ، (فلو ادَّعى أنـه أخـوه، أو جـدُّه، أو ابنُ ابنِـه: لا تُقبـل) بيِّنتُه؛ لأنه لم يصـحَّ إقرارُه، يعنـي: في حقِّ ثبـوت نسَـبِهم من الغير. وأما في حقِّ نفسـه، فيصحُّ إقـرارُه بشـرطِ أن يُصدِّقوه. وإنما لـم تُقبل البيِّنةُ فيمـا ذُكر لأنها قامـت على غائب ليـس بخصم، لا قصـدًا ولا حُكمًا؛ أمـا قصـدا، فلأنَّ المدَّعـى عليه ليس بوكيـلٍ ولا وصـيٍّ، وأما حكمًا، فلأنـه[2] لا حقَّ لـه يُقضَـى به علـى المدَّعى عليه ليصير ثبوتُ النسَـب مـن الغائب تابعًـا لذلك الحق؛ لأن الـوارث إنمـا يصيـر خصمًـا عـن الميِّـت فيمـا يَقبـل الانتقـالَ إليه، وهـو دعوى المـال والحقـوقِ المُتَّصلـة بالمال، حتى لـو ادَّعى حقًّا مـن الحقوق المتقدِّمـة، فأقام البيِّنـة: تُقبـل؛ لأن ما يدَّعيه علـى الغائب سـببٌ[3] لما يدَّعيه علـى الحاضر، فانتصب خصمًـا لذلـك، وذلك (بخـلاف الأُبُوَّة والبُنُـوَّة)، فإنه تُقبـل بيِّنتُه إذا ادَّعـى ذلك، وإن لـم يـدَّع حقًّـا آخرَ مـع النسـب؛ لأن الدعـوى في هـذه الصورة واقعـةٌ علـى المُدَّعى عليه لفائـدةٍ في الحـال أو المآل[4].

فظهـر مـن هـذا أنه لـو ادَّعى أنه أخـوه، أو جـدُّه، أو ابنُ ابنِـه: لا تُقبـل بيِّنتُه إذا

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الإقرار، فصل في الإقرار بالنسب (٧/ ٢٢٩).

(٢) في النسخ: (فانه)، والمثبت من «غمز العيون».

(٣) في النسخ: (سببا)، ولعل الصواب ما أثبت.

(٤) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٥٦).

لـم يـدَّعِ مع ذلـك حقًّا آخـرَ، كالإرث ونحوه، وفـي الأُبُـوَّة والبُنُوَّة تُقبـل مطلقًا.

فلذا قيل: «ينبغي للقاضي في دعوة الأخ أن يسأله: ماذا تريد؟ فإن قال: لا حقَّ لي قِبَلَه من ميراث أو نفقة، ولكن أُريد إثباتَ نسَبي، لا يُلتفَت إليه ولا تُسمع دعواه، وعلى تقدير أنه إذا ادَّعى مع الأُخُوَّة حقًّا آخرَ، وأقام البيِّنَةَ على الأُخُوَّة: ينبغي للقاضي أن يَستفسِر عنها؛ لأنها قد تكون من الرَّضاع. وكذا لو شهدوا أنه ابنُ عمِّه: لا يُقبل حتى يَنسُبا الميِّتَ والوارثَ حتى يلتقِيا مع جدٍّ واحدٍ ويُبيِّنا أنه عمُّه لأُمِّه وأبيه، أو لأبيه، أو لأُمِّه، ويذكُرا أيضًا أنه وارثُه، وكذا لو شهدا أنه جدُّه أو جدَّتُه.

وهل يشترط ذلك في الولد والأب والأُمِّ، وأن يقولا: هو وارثُه؟ قيل: يشترط؛ لاحتمال الرَّضاع، والمُفتى به أنه لا يُشترط. وكذا كلُّ من لا يُحجَب بحالٍ لا يشترط ذكرُ أنه وارثُه.

ولو شـهدا أنـه ابنُ ابنه، لا بـدَّ وأن يقُولا: ووارثُه، ولا يشـترط ذكرُ اسـمِه، حتى لـو شـهدا أنه جـدُّ الميِّـت أبو أبيـه ووارثُه، ولـم يُسَـمُّوا أبا الميِّـتِ: قُبلـت»، كذا في «الخلاصة»[١].

ونقل البيري هنا أن طريقَ ثبوت الشهادة بالتسامُع في النسب «أن يسمَع من عدلَين من أهل بلده على قولهما، وعنده: لا بد أن يسمع من جماعة لا يُتصوَّر تواطؤُهم على الكذب، ولو سمِع من المدعي: لا يحِلُّ أن يَشهد، ولو اشتهر ذلك فيما بين الناس»[٢]، انتهى.

(و) بخلاف (الزوجيَّة)، بأن ادَّعى على امرأةٍ أنه تزوَّجها، أو ادَّعت عليه كذلك،

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل السادس في الشهادة في النسب (٤/ ٨٠).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١١٦ ـ ١١٧).

فإنها تُقبل؛ لأنها حقٌّ مقصود، ولأنها قامت على خصم؛ لأنه يدَّعي عقدًا باشَره، ولأنه يدَّعي عليها الملكَ، وهي تدَّعي عليه المهرَ، وثبوتَ حقِّ المطالبة بالجماع. ولو ادَّعى أنه تزوَّجها فأنكَرت، ثم مات الزوجُ، فجاءت المرأةُ تطلُب ميراثَها، وأقامت بيِّنةً على ذلك: تُقبل؛ لأن النكاح لا يبطُل بجُحودهما، كما في «الخلاصة»[١].

وكذا لو ادَّعَتْه وأنكَر، ثم ماتت وطلَب، وأقامَ بيِّنةً: تُقبل، قال: «وهذا قولهما، وعند أبي حنيفة: لا تُقبل»[٢].

ادَّعى نكاحَها، فقالت: أنا زوجةُ فلان، لا يُقبل هذا الدفعُ. «ولو ادَّعى أن فلانا زوجَكِ طلَّقكِ، وأنا تزوَّجتُكِ، فأقرَّت بنكاح الغائب وأنكَرت طلاقَه، فأقام بيِّنةً عليه: تُقبل»، «خلاصة»[٣].

(و)بخلاف (الولاء بنوعَيه)، أي: ولاء العَتاقة وولاء المُوَالاة، بأن ادَّعى عليه بأنه عبدُه وولاؤُه له، أو ادعى العبدُ أني عبدُك، أعتقتَني وأنا مولاك، أو ادَّعى أنه عقَد معه ولاءً على أنه يرِثه إذا مات ويَعقِل عنه إذا جنَى، وكان حُرًّا مجهولَ النسَب، ولا عَقْلَ عليه لأحد، أو ادَّعى هو ذلك وأقام بيِّنةً: فإنها تُقبل؛ لأن الولاء حقٌّ مقصود يلزم المُقِرَّ بإقراره، فاختصاصُ كلٍّ واحدٍ منهم بالآخر بمنزلة النسَب.

(و)كذا تُقبل البيِّنة (من مُعتِق أبيه، وهو من مَواليه)، بأن قال لرجل: أبوك كان عبدَ أبي، أعتقَه، وأنت عتيقُ أبي، وولاؤُك لي، وأقام البيِّنةَ على ذلك: تُقبل استحسانًا، وإن لم يدَّعِ عليه مالا[٤]؛ لأنه لو أقرَّ المُدَّعى عليه: يصحُّ إقرارُه.

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الدعوى، الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح (٤/ ١١١).

(٢) «خلاصة الفتاوى» (٤/ ١١١).

(٣) «خلاصة الفتاوى» (٤/ ١١١).

(٤) في هامش (خ): (قوله: وإن لم يدع عليه مالا. قال أبو السعود: هذا إشارة إلى احتمال أنه لا حق =

(وتمامُه في) باب (دعوى النسب من «الجامع»).

[مطلب: في المواضع التي تُقبل فيها شهادةُ الذِّمِّي على المسلم]

(لا تُقبل شهادةُ كافر على مسلم إلا تبعًا) للشهادة على كافر، (أو ضرورة).

(فالأوَّل)، أي: قبول الشهادة تبعًا: (إثباتُ توكيلِ كافرٍ كافرًا بشهادة كافرَين)، أي: لو ادَّعى ذِمِّيٌّ على ذِمِّي أنه وكَّله فأنكَر، فأقام ذِمِّيَّين على الوكالة (بكل حقٍّ له بالكوفة على خصم كافر[1])، وحكَم القاضي بالبيِّنة المذكورة: (فيتعدَّى) ذلك الحكم بالوكالة (إلى خصم آخرَ مسلمٍ)؛ لأنه لمَّا حكم على الكافر بشهادة الذِّمِّيَّين

= لابن المعتق فيما تركه أبو العتيق، وهذا يبتنى على أن ابن العتيق عتق قبل موت أبيه، فيكون الحق في التركة لابنه دون ابن المعتق؛ لأن العصبة النسبية مقدمة على العصبة السببية. وأما احتمال كون الحق لابن المعتِق في التركة، فيبتنى على أنه إنما عتق بعد موت أبيه، فكان محروما عن إرث أبيه لكونه كان رقيقا وقت موته، تأمل).

(١) في هامش (خ): (قوله: على خصم كافر، متعلق بقوله: إثبات، لا بقوله: بكل حق له بالكوفة، يعني: أحضر الوكيل غريما ذميا، فأنكر الوكالة، فأقام ذميين، فشهدا بها، وثبتت الوكالة بشهادتهما على هذا الخصم الكافر المدعى عليه، فإذا أحضر بعده غريما مسلما: كانت دعواه متوجهة عليه بشهادة ذينك الذميين؛ لأنه وإن كانت شهادة على المسلم، لكنها ثبتت ضمنا وتبعا للشهادة على الذمي. واعلم أن التقييد بكفر كل من الموكل والوكيل ليس في محله، بل [لو] كان الموكل مسلما والوكيل كافرا، فادعى الوكيل على غريم كافر، وأثبت الوكالة بشهادة كافرين: تقبل؛ لأنها غير واقعة على المسلم، بل له، وكذا العكس، وهو لو كان الموكل كافرا والوكيل مسلما، فأحضر الوكيل المسلم غريما ذميا، فأنكر الوكالة، فأقام ذميين، فشهدا بها: تقبل؛ لأنها غير واقعة على مسلم، بل له، وكذا لو كان كل من الوكيل والموكل مسلما، فأحضر الوكيل غريما ذميا، فأنكر الوكالة، فأقام ذميين، فشهدا بها: فإنها لم تكن واقعة على المسلم، بل له، فتقبل، حتى لو أنكر الموكل أو الوكيل الوكالة: لم تقبل شهادتهما عليه حينئذ، فتأمل، انتهى).

على الغريم الذِّمِّي: كان ذلك قضاءً على جميع الغُرماء[1] بالكوفة من المسلمين وغيرهم، فإذا أحضَر مسلمًا، وادَّعى عليه بشيء، وأنكر المسلمُ الوكالةَ: لم يُكلِّفْه القاضي إلى إثباتها، وهي وإن كانت شهادةً على المسلم لكنَّها ثبتت ضِمنًا وتبعًا للشهادة على الذمي، فكانت البيِّنةُ حُجَّةً في حقِّه، لا مقصودًا، بل تبعًا.

(و)كذا تُقبل (شهادتُهما)، أي: الذِّمِّيَّين، (على عبدٍ كافر) مأذونٍ له بالتجارة (بدَينٍ) لحِقه بسببها، (ومولاه)، أي: والحال أن مولاه، (مُسلمٌ)، فيُباع العبدُ بالدَّين، وإن امتنع: يضمَن الأقلَّ من قيمته ومن الدَّين، والضَّرَرُ وإن لحِق المسلمَ بشهادة الذِّمِّيَّين، لكنَّه ضِمنًا للشهادة بالدَّين.

(و)كذا تُقبل (شهادتُهما)، أي: الذِّمِّيَّين، (على وكيلٍ كافرٍ مُوكِّلُه مسلمٌ)؛ لقيامها على المسلم ضمنًا.

وصورته: طلب الوكيلُ الكافرُ من غريمِ مُوكِّلِه المسلمِ ما له عليه من الحقِّ، فأثبت الغريمُ بشهادة ذِمِّيَّين أن مُوكِّلَه أبرَأه من هذا الحقِّ: تُقبل هذه الشهادةُ لكونها على خصمٍ كانت البيِّنةُ حُجَّةً في حقِّه، وإن تضرَّر بها مُوكِّلُه المسلمُ، والضَّرر ليس في الشهادة، بل إنما هو من توكيله الكافرَ؛ إذ لو وكَّل مسلمًا: لم تُقبل.

(وهذا بخلاف العكس في المسألتَين)، وهو شهادة مُسلمَين[2] على عبدٍ مسلمٍ مولاه كافرٌ، أو شهادتُهما على وكيل مسلمٍ مُوكِّلُه كافرٌ، فإنها لا تُقبل؛ (لكونها شهادةً على المسلم قصدًا، أو فيما سبق ضِمنًا).

---

(١) في هامش (خ): (قوله: قضاء على جميع الغرماء، أي: من حيثية ثبوت الوكالة، وإلا فالحق الذي يدعيه لموكله لا بد من ثبوته حيث كان الغريم منكرا، انتهى، «أبو السعود»).

(٢) في هامش (خ): (قوله: مسلمين. صوابه: كافرين، كما هو واضح، وهو من تحريف النساخ الجهلة خيبة الله عليهم، انتهى).

(والثاني)، وهو قبول شهادة الكافر على المسلم ضرورةً (في مسألتين):

الأُولى: (في الإيصاء)، وهي: (شهِد كافران على كافر أنه أوصَى إلى كافر، وأحضَر) الوصيُّ الكافرُ غريمًا (مسلمًا عليه حقٌّ للميِّت) مُقرٌّ به، لكنَّه يُنكر الموتَ والإيصاء، فأقام الوصيُّ ذِمِّيَّين، فشهِدا بالموت والوصيَّة: فإنها تُقبل استحسانًا مع كونها شهادةً على المسلم، بخلاف ما إذا حضَر مسلمٌ عند القاضي وقال: إن فلانا الذِّمِّيَّ وكَّلني بقبض كلِّ حقٍّ له بالكوفة وبالخصومة فيه، وأحضَر غريمًا مسلمًا لمُوكِّله عليه حقٌّ، فأنكر المُدَّعى عليه الوكالة، فأقام ذِمِّيَّين شهدا بها: لا تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على المسلم قصدًا.

والفرقُ: أن الوصية تقع غالبًا عند الموت، وذلك في منازلهم، والمسلمون لا يُخالطونهم، فلو لم تُقبل هذه الشهادة لضاعت حقوقُهم، وهي معصومةٌ بعقد الذِّمَّة، فتُقبل للضرورة، كما تُقبل شهادةُ القابلة في الولادة. أما الوكالة، فإنها تقع غالبًا في حالة الخروج ومُخالطة المسلمين، فلا ضرورة، كذا في «شرح تلخيص الكبرى» للمارديني.

وصوَّر ما ذكره المصنِّف بأنه ادَّعى مسلمٌ أن فلانا الذِّمِّيَّ أوصى إليه، وأحضَر غريمًا مسلمًا للمُوصِي عليه حقٌّ، وهو مُقِرٌّ به، لكنَّه يُنكر الموتَ والإيصاء، فأقام ذِمِّيَّين، فشهِدا بالموت والوصية: تُقبل استحسانًا.

قال الحمَوي: «ومنه يُعلم ما في كلام المصنِّف»[1]، انتهى.

قال شيخُنا: لا وجه لهذا الاعتراض؛ إذ لا يختلف الحكمُ، سواء كان المُوصَى له مسلمًا أو ذِمِّيًّا، ولهذا نقله في «الزواهر» وأقرَّه، تأمل.

---

(١) «غمز العيون» (٢/ ٣٥٨).

(و)الثانية: (في النسَب)، وهي أن نصرانيًّا ادَّعى أن النصراني الفلاني مات، وأني أنا ابنُه، وإرثُه لا وراثَ له غيري، وأحضَر غريمًا مسلمًا، فأنكَر البُنُوَّة، فأقام ذِمِّيَّين (شهِدا أن النصراني ابنُ الميِّت، فادَّعى على مسلم بحقٍّ: تُقبل) هذه الشهادةُ استحسانًا؛ لأنها وإن قامت على مسلم قصدًا، إلا أن النسب لا يثبُت إلا بالولادة والنكاح، والمسلمون لا يحضُرونَهم فيها، فمسَّت الحاجةُ إلى قبولها.

(وتمامُه في شهادات «الجامع»). قال فيه: «ادَّعى عند القاضي أن فلان بن فلان مات، وأنِّي وارثُه، وأحضر مسلمًا للميِّت عليه دَينٌ، وأقام شاهدَين نصرانيَّين على نسَبه: تُقبل هذه الشهادة؛ لأن المسلمين لا يقفون على أنسابهم، فكان فيه ضرورةٌ»، انتهى.

قال المقدسي[1]: وهذا كما ترى فيه إثباتُ النسَب مع دعوى الدَّين، لا قبلَه، كما تُوهمه عبارةُ المصنِّف.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: قال المقدسي... إلخ، أي: معترضا على المصنف بقوله: وهذا، أي: ما ذكره في «الجامع»، كما ترى فيه إثبات النسب مع دعوى الدين، لا قبله، كما توهمه عبارته، انتهى. قال أبو السعود: مبنى هذا الاعتراض ما توهمه المعترض من أن شرط قبول شهادة الذميين على المسلم كون المدعي ادعى الدين مع دعوى النسب، فلم يكن المسلم مقضيا عليه بهذه الشهادة قصدا، بل ضمن القضاء بثبوت النسب؛ بناء على أن المراد من قول المصنف: فادعى على مسلم بحق، أنه منكر لما عليه من الحق، وليس كذلك، بل هو محمول على ما إذا كان مقرا بما عليه، ولكن ينكر الموت وينكر كون المدعي ابنَ الميت؛ بدليل ما ذكره ما تقدم على المارديني وما سبق عن الحموي. إذا علم هذا ظهر أن دعوى الدين مع إثبات النسب ليس بشرط، خلافا لما توهمه المقدسي، فاعتراضه على المصنف ساقط. وظهر أيضا أنه إن لم يكن مقرا، بأن كان منكرا لما عليه من الدين: لايقضى عليه بهذه الشهادة، خلافا لما يظهر من سياق الشرنبلالي. وقبول الشهادة في هاتين المسألتين محمول على ما إذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين، منكرا للوصاية والنسب. أما لو كان منكرا للدين، كيف تقبل شهادة الذميين عليه؟ انتهى).

قلت: نعم هو مُسلَّم، لكن ليس المدارُ على تأخير الدعوى على المال أو كونِها معه، بل المدار على إنكار النسب دون إنكار الحقِّ، وإلا فلو أنكر الحقَّ سواء أقرَّ بالنسَب أو لا: لا تُقبل الشهادة، كما نصَّ عليه الشُّرنبُلالي.

[فائدة: لا يقضي القاضي لنفسه ولا لمَن لا تُقبل شهادتُه له]

(لا يقضي القاضي لنفسِه، ولا لمَن لا تُقبل شهادتُه له)؛ لأن القضاء يُستقَى من الشهادة، فكلُّ مَن هو أهلٌ لها فهو أهلٌ له، وليس أهلا للشهادة على نفسه، فلا يصحُّ قضاؤه، وكذا لمن لم تُقبل شهادتُه له.

[مطلب: في المواضع التي يقضي فيها القاضي لنفسه]

(إلا في الوصيَّة)، فإنه يقضِي فيها لنفسه، وهي: (لو كان للقاضي غريمٌ ميِّتٌ، فأثبت أن فلانا وصيُّه)، بأن كان رجلٌ له دَينٌ على القاضي، أو على بعض أقاربه ممن لا تُقبل شهادتُه له، فمات ربُّ الدَّين، فادَّعى رجلٌ أنه وصيُّ الميِّت، وأقام بيِّنةً على ذلك عند هذا القاضي، فقضى بوِصايته: (صحَّ) استحسانًا؛ لأنه صلُح شاهدًا[1] في هذه الحالة، فيصلُح قاضيًا، فلو دفع القاضي الدَّينَ له بعد القضاء بالوصاية: صحَّ، (وبرِئ بالدفع إليه)، أي: إلى الوصي، وذلك (بخلاف ما إذا دفع) القاضي (له) الدَّين (قبل القضاء له) بالوصاية، ثم شهِدا عنده بالوصاية فحكَم بها: (امتنع القضاءُ)، أي: لم ينفُذ قضاؤُه، ولم يَبْرأ من الدَّين؛ لأنه بعد قضاء الدَّين لا يصلُح شاهدًا لهذا الرجل؛ لأنه يشهد لنفسه باعتبار أنه يُثبت براءتَه من الدَّين، وشهادةُ

---

(١) في هامش (خ): (قوله: لأنه صلح شاهدا. قال الحموي: دل هذا على أن الغريمين اللذين للميت عليهما دين لو شهدا بالوصية لرجل، والموت ظاهر: جازت شهادتهما، انتهى. والمراد بالوصية: الوصاية، انتهى).

المَرْءِ لنفسه لا تُقبل، فكذا قضاؤُه، حتى لو عُزل هذا القاضي أو مات: فإن القاضي الثاني يُبطل القضاءَ الأوَّلَ، ولا يجعل ذلك المدفوعَ إليه وصيًّا، ولا يَبْرأ القاضي ولا قريبُه من الدين.

(وبخلاف الوكالة عن غائب)، أي: لو غاب ربُّ الدَّين، فادعى رجلٌ الوكالة عنه في قبض دُيونه، وأقام بيِّنةً على ذلك عند القاضي المديون، فقضى بوكالته، ثم قضاه الدَّينَ: (فإنه لا يجوز القضاءُ بها)، أي: الوكالة، ولا يَبْرأ من الدَّين ولا قريبه، (إذا كان القاضي مديونَ الغائب، سواء كان) القضاء (قبل الدفع أو بعده).

والفرق بين الوصاية والوكالة: أنه يملك نَصْبَ الوصي بدون الشهادة؛ لانقطاع الرجاء عن حضوره، فلا يكون مُتَّهمًا، ولا يملك نصب الوكيل عن الغائب؛ لعدم الضرورة إليه لوجود رجاءِ حضوره، فلو قضى بوكالته وبالدَّين، ثم رُفع إلى قاض يراه جائزًا، ونفَّذه: جاز تنفيذُه، حتى لو رُفع ذلك إلى قاضٍ آخرَ يرى القضاء الأوَّلَ باطلا: فإنه يُجيز تنفيذ الثاني؛ لأنه قضاءٌ في محلِّ الاجتهاد؛ إذ التوكيل بمنزلة الإيصاء بجامع الإقامة، غير أن الوكالة إقامةٌ قبل الموت، والوصية بعده.

(وتمامه في قضاء «الجامع»).

[فائدة: أمينُ القاضي كالقاضي، لا عُهدةَ عليه]

(أمين القاضي)، وسيأتي، (كالقاضي لا عُهدة عليه)، وكذا نائبُ الإمام كالإمام، ونائبُ الناظر كالناظر، ونائبُ بيتِ المال كمُتولِّيه، فيُقبل قولُه بلا يمين، (بخلاف الوصي، فإنه) ليس كالقاضي، فإنه (تَلحَقه العُهدةُ، ولو)، وصلية، (كان وصيَّ القاضي)؛ لأنه أقامه خلافةً عن الميِّت، لا عن نفسه.

(فبَيْن وصيِّ القاضي وأمينِه فرقٌ من هذه) الجهة، أي: جهة التشبيه، (و)بينهما

فرقٌ (من) جهة (أُخرى، هي: أن القاضي محجورٌ عن التصرُّف في مال اليتيم مع وجود وصيٍّ له، ولو) كان (منصوبَ القاضي[(١)]، بخلافه)، أي: القاضي، (مع أمينه)، فإن له التصرُّفَ مع وجوده.

(وهو)، أي: الأمين، (من يقول له القاضي: جعلتُكَ أمينًا في بيع هذا العبد. واختلفوا فيما إذا قال له) القاضي: (بعْ هذا العبدَ، ولم يَزِدْ) على ذلك، (والأصحُّ أنه أمينُه)، أي: بذلك القول يصير أمينًا، (فلا تلحَقه العُهدة[(٢)]. وقد أوضَحناه في «شرح الكنز»[(٣)]) عند قوله: «ولو باع القاضي أو أمينُه عبدًا للغُرماء».

(وصحَّح البزازي من كتاب الوكالة أنه)، أي: أمين القاضي، (تلحَقه العُهدةُ)، أي: لا يصير بذلك القول أمينًا، (فليُراجَع[(٤)]). قال العلامة المقدسي: الذي في

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ولو كان منصوب القاضي؛ لأن القاضي أقامه مقام الميت بحكم الولاية العامة عند عجز الميت، لا مقام نفسه، جاز له التصرف، فصار كأن الميت نفسه أقامه. ولا يخفى أن الميت لو كان حيا ليس للقاضي حينئذ أن يتصرف في ماله، فكذلك ليس له ذلك بعد الوفاة، نقله في «العمدة»).

(٢) في هامش (خ): (قوله: فلا تلحقه العهدة، فإذا استحق المبيع من يد المشتري: يرجع المشتري على الغرماء، لا على البائع، ولا على القاضي، انتهى).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب التحكيم، أوصى إليه ولم يعلم (٧/ ٥٠ ـ ٥١).

(٤) في هامش (خ): (قوله: فليراجع. بالمراجعة اتضح أنه لا يلتفت إلى ما في «البزازية»؛ لأنه ذكره في غير محله، والعبرة بما في كتاب القضاء، والذي في كتاب القضاء من معتبرات المذهب أنه إذا قال له القاضي: بع هذا العبد، ولم يقل: جعلتك أمينا، فباع بأمر القاضي: الصحيح أنه لا تلحقه العهدة، كذا في «الولوالجية». وفي «منية المفتي»: قال القاضي: بعه، ولم يزد: لا تلحقه العهدة في الأصح، انتهى. وإذا علمت ذلك: وجب عليك الالتفات لما في «المصنف» نقلا عن «البزازية» لما عرفت. أفاده في «العمدة»).

نسختي المُصحَّحة: «لا تلحقه العُهدة»[١]، وهكذا في «الولوالجية»[٢]، وفي «مُنية المفتي»: «وهو الأصحُّ».

[مطلب: في المواضع التي ينصب القاضي فيها الوصي]

(ينصِب القاضي وصيًّا)، أي: يجب عليه أن ينصب وصيًّا في حقِّ مَن مات ولم يُوصِ لأحدٍ، (في موضعِ ما إذا كان على الميِّت دينٌ أو له)؛ لأن القاضي له الولاية العامَّة، فيتقيَّد فعلُه بالمصلحة، «والمصلحة فيما إذا كان عليه دينٌ احتمالُ كتمان الورَثةِ التركةَ، ولا يُوفون دينَه، وفيما إذا كان له دينٌ تنفيذُ وصاياه؛ لجواز أن لا يُنفِّذوا»، «حموي»[٣]، لكن يصير مُكرَّرًا مع قوله: (أو لتنفيذ وصاياه).

(وفيما إذا كان للميِّت ولدٌ صغيرٌ): فينصِب لحفظِ ماله.

(وفيما إذا اشترى من مُورِّثه شيئًا، وأراد ردَّه بعيبٍ) اطَّلع عليه (بعد موته): فإنه ينصب القاضي وصيًّا ليَرُدَّه عليه.

(وفيما إذا كان أبو الصغير مُسرِفًا مُبذِّرًا: ينصِبه) القاضي (للحفظ)، أي: حفظ ماله.

«وكذا ينصبه لحفظ مالِ المفقود، وكذا لو كان الورَثةُ والتركة في بلدة، والمُتوفَّى

---

(١) قال في «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع (٥/ ٤٨٠): «قال الحاكم: جعلتك أمينًا في بيع المأذون للغرماء: **لا يلحقه العهدة**، حتى إذا وجد به عيبًا: لا يردّه على هذا الأمين، بل ينصب أمينًا إما إياه أو غيره ليرده عليه. وإن أمره بالبيع للغرماء، ولم يقل: جعلتك أمينًا، اختلفوا في أنه هل يلحقه العهدة أم لا، **والصحيح أنه لا يلحقه**».

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوصايا، أواخر الفصل الأول فيما تجوز الوصية والتسبيل وفيما لا تجوز (٤/ ٣٥٨).

(٣) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٦٠).

في بلدة بينهما انقطاعٌ، أو المُدَّعى عليه أعمى أو أصمَّ أو أخرس: فإنه ينصب عنه وصيًّا، ويأمُر المدعي بالخصومة معه إذا لم يكن له أبٌ أو جدٌّ أو وصي»، «بيري»(١).

واختلفوا في «نَصْب الوصيِّ إذا خلَّف تركةً: عروضًا وعقارًا ودَينًا، وورَثةً، فامتنع الورثة من بيع التركة لقضاء الدَّين، قيل: ينصِب الوصيَّ، وقيل: لا، بل يأمر الورثةَ بالبيع، فإن أبَوا: حبَسهم حتى يُطيعوا؛ قياسًا على العدل(٢) في بيع الرهن إذا كان مُسلَّطًا على البيع، فأبَاه: فللقاضي جَبْرُه على البيع بالحَبْس، فإن حبَسه ولم يبعْ: ينصب وصيًّا أو يبيعُه الحاكم بنفسه»، كما في «البزازية»(٣).

(وذكر في قسمة «الولوالجية» موضعًا آخر ينصِب) القاضي (فيه) الوصيَّ، (فليُراجَع). قال فيها: «ضيعةٌ بين خمسة ورثة، واحدٌ منهم صغير، واثنان غائبان، واثنان حاضران، فاشترى رجلٌ نصيبَ أحدِ الحاضِرَين، فطلَب شريكُ الحاضر القسمةَ عند القاضي، وأخبَراه عن القضية: فالقاضي يأمُر شريكَه بالقسمة ويَجعل وكيلا عن الصغير والغائبَين؛ لأن المشتري قام مقامَ البائع، وكان للبائع أن يُطالِب شريكَه؛ لأن أصل الشركة كان ميراثًا، والعبرة للأصل»(٤)، كما في «الزواهر».

قال: وزِدتُّ موضعَين:

الأبُ إذا اشترى شيئًا من ابنه الصغير، فوجَد به عيبًا: ينصب القاضي وصيًّا حتى يَرُدَّه عليه.

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١١٩ ـ ١٢٠).

(٢) في (ع): (البدل). والصواب ما أثبت.

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الوصايا، الفصل الثامن في دفع الظلم، آخر نوع في تصرف المريض (٦/ ٤٥٣).

(٤) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القسمة، الفصل الأول فيما تجوز القسمة (٣/ ٣٠٦).

إذا كان للصبي أبٌ غائبٌ، واحتيج إلى إثبات حقٍّ للصغير، إن كانت الغَيبةُ منقطعةً: ينصب، وإلا فلا.

وهما في «مجمع الفتاوى»[١].

ويُزاد ما ذكره الحموي: «استُحِقَّ المبيعُ، فأراد المشتري[٢] أن يرجع بثمنه، وقد مات بائعُه ولا وارثَ له: فالقاضي ينصب عنه وصيًّا ليرجع المشتري عليه. وإذا ظهر المبيعُ حُرًّا، وقد مات بائعُه، ولم يترك شيئًا ولا وارثًا ولا وصيًّا، غير أن بائع الميِّت حاضرٌ: يجعل القاضي للميِّت وصيًّا، فيرجع عليه المشتري، ثم وصيُّ الميِّت على بائع الميِّت، كما في «جامع الفصولين»»[٣].

وفيه: شرى وكيلُه شيئًا فمات: فلمُوكِّله ردُّه بعيب، وقيل: حقُّ الردِّ لوارثه أو وصيِّه، فلو لم يكن: فلمُوكِّله على رواية أبي الليث، وفي رواية أُخرى: ينصب وصيًّا فيَرُدُّه[٤].

وفيه أيضا: مات الوصيُّ، فولايةُ المطالبة فيما باع من مال الصغير لوَرثة الوصي أو لوصيِّه، فلو لم يكُنْ: نصبَ القاضي وصيًّا[٥].

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٦١).

(٢) كذا في «جامع الفصولين». وفي (ع) و«غمز العيون»: (المستحق). وفي (خ): (المستحقه عليه)، وهو المشتري.

(٣) «غمز العيون» (٢/ ٣٦١). وانظر: «جامع الفصولين»، الفصل السادس عشر في الاستحقاق والغرور (١/ ١٦١).

(٤) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٨).

(٥) «جامع الفصولين» (١/ ١٨).

وفيه: أتى بالمال مُستقرِضَه، فاختفى مُقرِضُه، فالقاضي لو نصب وصيًّا[١] عن المُقرض بطلب المُستقرِض ليقبِض المالَ ويفسخَ الإجارة[٢]: ينفُذ؛ لكونه مجتهَدًا فيه[٣].

وفيه: كفَل بنفسه على أنه إن لم يُوافِ به غدًا فدَينُه على الكفيل، فتغيَّب الطالبُ في الغد: فالكفيلُ يَرفع الأمر إلى القاضي لينصب وكيلا عن الطالب، ويُسلِّم إليه المكفولَ عنه، وأنه يبرأ[٤].

ومنها: مات وقد أوصَى لرجل، فجاء رجلٌ يدَّعي دينًا على الميِّت، والوصيُّ غائب: ينصب القاضي خصمًا عن الميِّت حتى يُخاصِم الغريمَ ليصِلَ إليه حقُّه، كما في «الولوالجية»[٥].

---

(١) كذا في النسخ. وفي «جامع الفصولين» و«غمز العيون»: (قيما).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ويفسخ الإجارة. انظره؛ فإنه لم يظهر لي وجه تعلق الإجارة بالمال المستقرض، انتهى، «أبو السعود». ثم رأيتني كاتبا بخطي على هامش نسختي «حاشية الحموي» ما نصه: قوله: ويفسخ الإجارة، أي: الإجارة المعهودة بسمرقند بين المقرض والمستقرض، وقد عقد لها فصلا في «جامع الفصولين» و«نور العين»، وقال في «نور العين»: ماهية هذه الإجارة مبهمة ظاهرا، والمستفاد من مجموع ما ذكر في «جامع الفصولين» هي أنه يودع المستقرض للمرض شيئا قليل القيمة، كسكين ومشط ونحوهما، ويستأجره لحفظه، ويعين بدل الإجارة على قدر الربح الذي عيناه لأصل مال المقرض ليكون الربح حلالا للمقرض، ودينا واجبا على المستقرض. وفي حل هذه الإجارة بعض شبهات، وإن أفتوا بحلها، كذا في «صع». ثم رمز لـ«الذخيرة»: بدل الإجارة المعهودة حلال وطيب، انتهى).

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل التاسع عشر في مسائل الإجارات المعهودة (١/ ١٨٠).

(٤) «جامع الفصولين» (١/ ١٨٠).

(٥) «غمز العيون» (٢/ ٣٦١ ـ ٣٦٢).

وينبغي أن يُقيَّد بما إذا كانت الغَيبةُ مُنقطعةً، والمراد بالغيبة المنقطعة: أن يكون في محلٍّ لا تأتي ولا تذهب إليه القافلةُ، كما في «البزازية»(١).

وفي «العمادية»: أراد أن يأخُذ من ثمن مالٍ كان للغائب في يده: لا يُشترط حضورُ الخصم، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وكيل.

ونظيرُه: إذا غاب المشتري قبل قبض المبيع وقبل نقد الثمن غَيبة منقطعةً: جاز للقاضي أن يبيع المَبيعَ ويُوفي ثمنَ المبيع.

وعلى هذا: لو رهن عند رجل عينًا بدَين، وغاب المديونُ غَيبةً منقطعة، فرفَع المُرتهن الأمرَ إلى القاضي ليَبيعَ الرهنَ بدَين المرتهن: ينبغي أن يجوز، وهي واقعة الفتوى؛ قال البيري: «وأقرَّه في «جامع الفصولين»(٢)»(٣).

وفي «القنية»: أمة فقَدت(٤) مولاها، ولم تجد نفقةً، وخِيفَ عليها الفاحشة: فللقاضي أن يبيعها أو يُؤجرها من امرأة ثقة، وليس له تزويجُها، انتهى(٥).

[مطلب: في طريق نَصْب الوصيِّ]

(**وطريقُ نصبِه**)، أي: الوصي، (**أن يشهَدوا عند القاضي أن فلانا مات، ولم ينصب وصيًّا. فلو نصَبه**)، أي: القاضي الوصيَّ المشهودَ له بأن الميِّت لم ينصب وصيًّا، (**ثم ظهر للميِّت وصيٌّ: فالوصيُّ وصيُّ الميِّت**)، ووصيُّ القاضي غيرُ صحيح.

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الثاني في أدبه، النوع التاسع في نصب الوصي (٥/ ٢١٩).

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الخامس في القضاء على الغائب (١/ ٤٦ و٤٧).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢٠ ـ ١٢١).

(٤) في (خ): (افتقر).

(٥) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢١).

وهل يشترط لصحَّة النصب كونُ اليتيم في ولاية القاضي أو لا؟ فيه خلافٌ تقدَّم، قيل: يصحُّ مطلقًا، سواء كان اليتيم والتركة في ولايته، أو كان أحدُهما دون الآخر، أو بعض التركة في ولايته والبعض الآخر في بلدة أُخرى، أو بعض الأيتام في ولايته والباقون في أخرى، فيصير وصيًّا في كل التركة، وقيل: يصير فيما في ولايته من التركة، لا في غيرها، وقيل: يُشترط كون اليتيم في ولايته، لا التركة. ويجب أن ينصِب عدلا أمينًا كافيًا، لا غريبًا لا يُعرف[1]، انتهى.

[مطلب: لا يلي نصبَ الوصي إلا قاضي القُضاة أو المأمور بذلك]

(ولا يلي النصبَ)، أي: نصب الوصي، وكذا نصب القيِّم في الأوقاف، (إلا قاضي القُضاة[2]) الذي قال له السلطان: جعلتُك قاضي القضاة؛ لأنه صار مأذونًا له بذلك دلالةً، (والمأمور بذلك) من قاض نُصَّ في منشوره، أو نائبٍ أُمِر بذلك من طرف مُنِيبِه، فاستُفيد منه أنه إذا قال له: جعلتُك قاضي القضاة، لا يحتاج إلى الأمر بالنصب، وإذا لم يقل له ذلك لا بدَّ له من الأمر بذلك.

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٦٢).

(٢) في هامش (خ): (قوله: إلا قاضي القضاة... إلخ. هذا الحصر باطل؛ لأنه يجوز النصب من السلطان ومن الأمير، بل ومن أهل الحارة، كما صرح به في «التاتارخانية»؛ لأنه ليس من القضاء، بل ولا من أعمال القضاء، كما في «الفصول العمادية» وغيرها في عدة مواضع، ومن فهم غير هذا فقد أخطأ خطأ فاحشا، ولا حول ولا قوة إلا بالله. وبالجملة، فهذا الكتاب يحتاج لتحرير، وقد مات مؤلفه قبل تحريره، فلا يجوز الإفتاء منه ولا التعويل عليه إلا بعد الإحاطة بأصول مسائله من مواضعها المعتبرة، فتنبه لذلك واحرص عليه، ولا تغتر بما صنعه بعض أهل الوقت بجاهه، وتبعه المتعولمون والمنافقون؛ إذ ليس فيهم من فتى مطيع، فلعنة الله على الجميع لكونهم هدموا أصول الفقه وفروعه بأفهامهم الفاسدة وأغراضهم الكاسدة).

[مطلب: فيمن يجوز للقاضي أن يقبل هديَّتهم]

(ولا يَقبل القاضي الهديةَ)، «ولو قليلةً، «ابن كمال»[١]. وهي ما يُعطى بلا شرطِ إعانة، بخلاف الرِّشوة، «ابن ملك». «ويجب ردُّها على صاحبها، فإن تعذَّر ردُّها عليه: وضَعها في بيت المال»، «فتح»[٢]. «فإن كان صاحبُها يتأذَّى بالردِّ: يَقبلها، ويُعطيه مثلَ قيمتِها»، «خلاصة»[٣].

ومن خُصوصيَّاته عليه الصلاة والسلام أن هداياه له، كما في «التاتارخانية»[٤]، ومفاده: أنه ليس للإمام قبولُ الهدية لنفسه، وإلا لم تكن خصوصيَّة، وأنها تجوز للمُفتي والواعظ»، «در منتقى»[٥].

(إلا من قريب مَحرَم)، ولو كان غيرَ محرم لا يَقبلها، وأطلق القريبَ في «الملتقى»[٦]، (أو ممَّن جرَت عادتُه به)، أي: بالإهداء له، (قبل القضاء، بشرطِ أن لا يزيدَ) القريبُ المَحرَمُ أو من جرَت عادتُه به على العادة، (وأن لا يكونَ خصومةٌ لهما)، أي: للمُهدي والقريب، بينهما وبين غيرهما، وإلا لكان أَكْلًا بقضائه، ويَرُدُّ الزائدَ في الأوَّل والكلَّ في الثاني، وظاهره أنه يقبل الزيادةَ من القريب، وإن لم يكن له عادةٌ في الإهداء.

---

(١) انظر: «الإيضاح في شرح الإصلاح»، كتاب القضاء، قبيل فصل في الحبس (٢/ ١٨٨).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي (٧/ ٢٧٢).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام (٤/ ٧).

(٤) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب أدب القاضي، الفصل التاسع في رزق القاضي وهديته ودعوته (١١/ ٧٣).

(٥) «الدر المنتقى»، كتاب القضاء (٣/ ٢٢١).

(٦) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب القضاء (٣/ ٢٢٠).

(وزِدتُّ) في الاستثناء (موضعَين) مأخوذَين (من «تهذيب القلانسي»)، وهما: أن لا يَقبلها (إلا من السُّلطان ووَالِي البلدِ) الذي تولَّى القضاءَ منه، أو كان مُقدَّمًا عليه في الرُّتبة، فيَشمل الباشا والذي ولَّاه، كما في «تهذيب القلانسي»، ويقبل من قاضي القُضاة لنُوَّابه.

(ووجهُه)، أي: القبول منهما، (ظاهرٌ، فإنَّ منعَها)، أي: الهدية، (إنما هو للخَوف من مُراعاته لأجلِها)، أي: الهدية، (وهو)، أي: القاضي، (إن راعَى المَلِكَ ونائبَه: لم يُراعِه لأجلِها).

[فائدة: يُطلَق المحبوسُ المُفلِس بعد المُدَّة بلا كفيلٍ، إلا في مسائل]

(إذا ثبت إفلاس المَحبُوسِين[(١)] بعد المُدَّة)، أي: «مدة الحَبْس، وهي شهران أو ثلاثة أو أربعة، وقيل: ستَّة، والمُصحَّح أنه مُفوَّضٌ إلى رأي القاضي»، «جامع الفصولين»[(٢)].

وفي «القهستاني»: «كُلُّ موضع قالوا: إن الرأيَ فيه للقاضي، فالمرادُ: المُجتهِد[(٣)]»[(٤)].

في «الملتقى»: «ويَحبِسه مُدَّةً يغلِب على ظنِّه أنه لو كان له مالٌ لأظهَره، هو الصحيح»[(٥)].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إذا ثبت إفلاس المحبوسين... إلخ. قيد ذلك بصورة الإفلاس، والذي في «الأجناس» مطلق، كما نقله «البيري»).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٩).

(٣) في هامش (خ): (هذا بالنسبة للمواضع التي يحتاج الأمر فيها لذلك، لا في مثل هذا الموضع؛ لأن تقدير المدة لا يتوقف على علم الأحكام، كما أفاده في «رد المحتار»، فراجعه).

(٤) «جامع الرموز»، كتاب القضاء (٢/ ٤٠١).

(٥) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب القضاء، فصل في الحبس (٣/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦).

(و)بعد (السُّؤال) من جيرانه، والعدلُ الواحد كافٍ[1]، والاثنان أحوط، وهذا السؤال احتياطٌ من القاضي دفعًا للتُّهمة، وليس بواجب، وكذا الشهادة؛ لأن الشهادة على الإعسار شهادةٌ على النفي[2].

وبعد السُّؤال (يُطلَق)، أي: يُطلِقه القاضي، (بلا كفيلٍ)، لكن «لا يَمنعه من المُلازَمة»، كما في «القهستاني»[3].

ولا تُقبل البيِّنةُ على إفلاسه قبل الحَبْس، وعليه عامَّة المشايخ، وقيل: الأصحُّ قبولُها، وفي «النهر»: «المُعوَّل عليه رأيُ القاضي، فإن علِم إعسارَه: يَسأل عنه عاجلا وقبِل بيِّنتَه، وإلا لا»[4].

وفي «الخانية»: «إن علِم أنه وَقِحٌ: لا تُقبل قبل الحبس، وإن علم أنه ليِّنٌ: تُقبل»[5].

وفي «المنح»: قال المديون: حَلِّفْه أنه لا يعلم أني مُعسِر، أجابَه القاضي، فإن حلَف: حبَسه بطلَبه، وإن نكَل: خلَّاه، ولو برهنا: فبيِّنةُ اليَسار أحقُّ، إلا إذا بيَّن سببَ إعسارِه وشهِدوا به، فتُقدَّم؛ لإثباتها أمرًا عارضًا، كما في «الفتح»[6] و«النهر»[7].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: الواحد كاف، ويكفيه في الإخبار أن يقول: حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته، وحاله ضيقة، وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية، كذا في «البزازية»).

(٢) في هامش (خ): (شهادة على النفي، أي: وهي ليست بحجة، بل إنما يسأل دفعا للتهمة، انتهى، «عمدة» عن «تنوير الأذهان والضمائر»).

(٣) «جامع الرموز»، كتاب القضاء (٢/ ٤٠١).

(٤) انظر: «النهر الفائق»، كتاب القضاء (٣/ ٦١٧).

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب الدعوى (٢/ ٣٧٣).

(٦) انظر: «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، فصل في الحبس (٧/ ٢٨٠).

(٧) انظر: «النهر الفائق»، كتاب القضاء (٣/ ٦١٧).

(إلا في مال اليتيم)، فإنه لا يُطلقه إلا بكفيل، (كما في «البزازية»[(١)]). وإن لم يجِدْ كفيلا: لا يُطلقه، وحضرُة الخصم بعد التكفيل للإطلاق ليس بلازم[(٢)].

(وألحَقتُ به)، أي: بمال اليتيم، (مالَ الوقف).

(و)إلا (فيما إذا كان ربُّ الدَّين غائبًا)، فإنه لا يُطلقه إلا بكفيل، «ولا يَحبسه، لا للأوَّل ولا لغيره»، كما في «الدر المنتقى»[(٣)].

[فائدة: لا يجوز قضاءُ القاضي لمن لا تُقبل شهادتُه له، إلا في مسألة]

(لا يجوز قضاءُ القاضي لمَن لا تُقبل شهادتُه له). وفي «معين الحكام»: «ومما يجري مجرى القضاء في المنع من الحكم [لمن يُتَّهم عليه]: الإفتاءُ، فينبغي للمفتي الهروبُ من هذا متى قدِر»[(٤)]، انتهى، «يعني: وكان هناك مفتٍ غيرُه»، «حموي»[(٥)].

(إلا إذا ورَد عليه كتابُ قاضٍ لمَن لا تُقبل شهادتُه له: فإنه يجوز له القضاءُ به، ذكره في «السِّراج الوهَّاج»).

[فائدة: للقاضي أن يفرق بين الشهود، إلا في مسائل]

(للقاضي أن يُفرِّق بين الشُّهود) إذا ارتاب في أمرهم، لا يَسَعه غيرُ ذلك، كما في «التاتارخانية»[(٦)]. فإن فرَّقهم، واختلفوا في شيء يُفسِد الشهادةَ: ردَّها، وإن كان

---

(١) قال في «البزازية» (٥/ ٢٢٦): «ولو لميت على رجل دين، وله ورثة صغار وكبار: لا يطلقه من الحبس قبل الاستيثاق بكفيل للصغار».

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، أوائل الفصل العاشر في الحبس (٥/ ٢٢٤).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب القضاء، فصل في الحبس (٣/ ٢٢٥).

(٤) «معين الحكام»، الركن الثالث المقضي له (ص ٣٥).

(٥) «غمز العيون» (٢/ ٣٦٣).

(٦) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب أدب القاضي، الفصل السابع عشر في أقوال القاضي وما ينبغي =

لا يُفسدها: لا؛ لأن الشهادة لا تُرَدُّ بمُجرَّد التُّهمة، كما لو سُئلا عن المُقِرِّ المُتوفَّى أنه كان شابًّا أبيضَ أو طويلا ذا لحية بيضاء، وكان المشهودُ عليه بخلافه، قال البيري: «لم أره، لكن في «التمرتاشي» أنهما لو اختلفا في الثوب الذي كان عليه أو عليها حين الزنا، أو في لونه، أو في طُول المَزني بها أو قصرها، أو سِمَنِها وهُزَالِها: لم يضُرَّ؛ لأنهم اختلفوا فيما لا يحتاجون إلى ذِكْره.

وسُئل ظهيرُ الدِّين عن رجل ادَّعى على رجل أنه غصب منه غلامًا تركيًّا، وبين صفاته وطلَب إحضارَ الغلام، فلمَّا حضر: كان بعضُ صفاته على خلاف ما ذكره المُدَّعي، فادَّعى أنه له وأقام البيِّنة، قال: إن قال المُدَّعي: هذا الغلام الذي ادَّعيتُه، لا تُسمع دعواه إذا كانت الصِّفاتُ مما لا تحتمِل التغيير، وإن قال[1]: هو عبدي، ولم يزِدْ على ذلك: تُسمع[2].

وفي «البزازية»: على الشاهدَين أن يَشهَدا وإن لم يَعرِفا وقتَ الشهادة ومكانَها؛ لأنه لا دخلَ للزمان والمكان في ثُبوت العلم»[3]، انتهى.

(قال في «الملتقَط»: إلا في شهادة النساء. حُكِي أن أُمَّ بِشْر) المَرِيسي (شهِدتْ مع امرأةٍ عند الحاكم)، قال في «الطبقات السُّبكيَّة»: إنها أُمُّ الشافعي[4]، (فقال) القاضي: (فرِّقُوا بينهما) ليَسئلَهما مُنفرِدَين عمَّا شهِدا به، (فقالت) أُمُّ بشر، وفي

= للقاضي أن يفعل (١١/ ١٢١).

(١) أي: المدعي بعدما حضر الغلام.

(٢) تسمع دعواه وتقبل بينته؛ لأن دعواه الأولى لا تمنع الدعوى الثانية، فلا يكون متناقضا، انتهى. كذا في «البيري».

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢٢ ـ ١٢٣).

(٤) انظر: «طبقات الشافعية الكبرى» (٢/ ١٧٩).

«الطبقات السبكية» أن القائلة أمُّ الشافعي، (ليس ذلك) التفريقُ جائزًا (لك)؛ لأن الله تعالى (قال: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فسكت الحاكمُ[١]) وأُفحم. قال السبكي: «وفيه استنباطٌ جيِّدٌ من استثناء النساء من تفريق الشاهدَين، ولا بأسَ به»[٢].

[فائدة: شاهد الزُّور تُقبل توبتُه، إلا إذا كان عَدْلا]

(شاهِدُ الزُّور إذا تاب تُقبل توبتُه، إلا إذا كان عَدْلا)، أو مستورًا عند الناس: (لم تُقبل) شهادتُه أبدًا. «أما إذا كان فاسقًا وتابَ: تُقبل؛ لأن الحامل له عليها فسقُه، فإذا ظهر صلاحُه: تُقبل؛ لزَوال الفِسق، وإذا كان عدلا: ليس الحاملُ عليها ذلك، فلا تُقبل أبدًا، وعند أبي يوسف: تُقبل، وبه يُفتَى»، «بحر»[٣].

(كذا في «الملتقط»[٤]).

[مطلب: في حكم قضاء الأمير مع وجود قاضي البلد]

(قضاءُ الأمير جائزٌ مع وجود قاضي البلدِ) المُولَّى من قِبَل ذلك الأمير المُفوَّض له ذلك؛ لقوله: (إلا أن يكون القاضي مُولًّى من الخليفة[٥]، كذا في «الملتقط»[٦])، فلا

---

(١) «الملتقط»، كتاب الشهادات، مطلب: في تفريق الشاهدين عند الأداء (ص ٣٧٣).

(٢) انظر: «طبقات الشافعية الكبرى» (٢/ ١٨٠).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الشهادة، لا شهادة للفرع إلا بموت أصله (٧/ ١٢٦ ـ ١٢٧).

(٤) انظر: «الملتقط»، كتاب الشهادات، مطلب: تقبل توبة شاهد الزور (ص ٣٧٣).

(٥) المراد من الخليفة: الوالي الذي لا والي فوقه. كذا في «غمز العيون» (٢/ ٣٦٥).

(٦) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٣٦٥).

يجوز قضاؤه مع وجوده. «وأما التقرير في الوظائف[١]، فيجوز مع وجود قاضيها، كما أفتى به الشَّرَف الغِزِّي»، «حموي»[٢]. وفي قضاء السلطان خلاف، والأصحُّ أنه ينفذ، وهو المفتى به، كما في «أدب القاضي» للخصَّاف.

[فائدة: المُحكَّم كالقضي، إلا في مسائل]

(المُحكَّم كالقاضي) في أحكامه، (إلا في أربعة عشر مسألةً ذكرناها في «شرح الكنز»[٣])، بل المذكور فيه خمسة عشر، والخامسة عشر: لا يتقيَّد حكمُه ببلدةِ التحكيم، بل ينفُذ في البلاد كلِّها. والمذكورة في «الشرح»:

أن حُكم المُحكَّم إذا رُفع إلى قاضٍ، فإن وافق مذهبَه: أمضاه، وإلا أبطَله، وكذا المُحكَّم إذا رُفع إليه حكمُ مُحكَّم آخر، وأنه لا بد من تراضيهما، وأنه لا تجوز إضافتُه

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وأما التقرير في الوظائف. شمل النظر والوصاية؛ فإنهما من الوظائف. ولعله مبني على القول بأن الفعل ليس من الحكم المخصوص بالقاضي، وقد صوب ابن الغرس أن الفعل من القاضي ليس حكما، أو يكون هذا الاستثناء من المتن، تأمل. ثم رأيت في «الفصول العمادية» نقلا عن ظهير الدين المرغيناني أن التقرير في الوظائف، مثل نصب الوصي والناظر، ليس من القضاء، ولا من أعمال القضاء، وبه انقطع النزاع، انتهى. فحينئذ يجوز لخديوي مصر نصب الأوصياء على الأيتام وتولية نظار على الأوقاف، وهي حادثة الفتوى في مدة المرحوم إسماعيل باشا خديوي مصر، وقد خالف في ذلك مفتي مصر الشيخ محمد عباس المهدي من غير سند ومن غير نص في المذهب، عفا الله عنه وعنا، آمين).

(٢) عبارة «الملتقط»، كتاب الدعوى، مطلب: موت السلطان أو عزله (ص ٣٩٨): «ويجوز قضاء الأمير الذي تولى القضاء، وكذا كتابه إلى القاضي، إلا أن يكون القاضي من جهة الخليفة، فقضى الأمير: لا يجوز».

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب التحكيم (٧/ ٢٧ ـ ٢٨).

وتعليقُه عندهما، وأنه لا تجوز في حدٍّ وقوَدٍ ودِيةِ عاقلة، وأنه لا يُفتى بجوازه[1] في فسخ اليمين المُضافة، وأنه لا يَتعدَّى إلى غائب، فلا يتعدَّى حكمُه بعتق الشُّهود إلى المولى المالك، وكذا في حقِّ الكفيل الغائب أو الأصيل الغائب، لا يتعدَّى حكمُه على الحاضر منهما إلى الغائب، وكتاب المُحكَّم إلى القاضي وعكسُه لا يجوز، ولو ارتدَّ: انعزل ولا يعُود حكَمًا إلا بتحكيم جديد، ولو ردَّ محكَّمٌ شهادةً بتُهمة، ثم اختصما إلى آخَر أو قاضٍ، فزُكِّيت البيِّنةُ: عمل بها؛ لأنه ليس بقاضٍ في حقِّ غيرِ الخصمَين، ولو ادَّعى عند مُحكَّم على وارثٍ بدَينٍ على المُورِّث، وبرهن: لا يتعدَّى إلى الباقين، ولا من وكيل بعيبِ المبيع إلى موكِّله، وقد تقدَّم أن القضاء يتعدَّى إلى الكافَّة في الحُرِّيَّة والنسَب والنكاح والوَلاء، وحكمُ المُحكَّم ينبغي أن لا يكون كذلك، وحكم المُحكَّم في الوقف لا يرفع الخلافَ، كلُّ ذلك بخلاف القاضي.

ويزاد ما في «القنية»: «لا يجوز استحلافُ المُحكَّم غرماءَ الصبيِّ».

وفي «الدر المختار»: «ولم أر [حكَمَ] قبولِه الهديَّةَ، وينبغي أنه لا يجوز إن أُهدِي إليه وقتَ التحكيم»[2].

(**وفيه**)، أي: في «شرح الكنز»، زيادةُ استثناءٍ من المُستثنَى، (**أن حكمَه لا يتعدَّى إلا في مسألةٍ**)، وهي: «لو حكَّم أحدُ الشريكَين وغريمٌ له رجلا، فحكَم بينهما، وألزَم الشريكَ شيئًا من المال المُشترَك بعد حُكمه على الشريك: [نفَذ حكمُه على الشريك، و]تعدَّى إلى الغائب؛ لأن حكمه بمنزلة الصُّلح في حقِّ الشريك الغائب،

(١) في هامش (خ): (قوله: ولا يفتى بجوازه، أي: وإن كان حكمه ينفذ على الصحيح، ولكن نكتم هذا، ولا نفتي به، لا بالكتابة، ولا باللسان، بل إذا سئلنا: نسكت، أفاده في «الفتاوى الصغرى». وظاهر «الهداية» أن معناه أن المفتي يجيب بعدم حله، انتهى، «عمدة»).

(٢) «الدر المختار»، كتاب القضاء، آخر باب التحكيم (ص ٤٧٥).

والصُّلحُ من صنيع التُّجّار، فكان كلُّ واحدٍ من الشريكَين راضيًا بالصُّلح وما في معناه»(١).

ويُزاد على المُستثنَيات سابعةُ عشر، وهي ما ذكره بقوله:

(وذكر الخصَّاف في باب الشهادات بالوكالة مسألةً في اختلاف الشاهدَين خالَف فيها المُحكَّمُ القاضيَ)، «وهي: لو شهد [أحدُهما] أنه وكَّله في الخصومة إلى فلان الفقيه، وشهد الآخَرُ أنه وكَّله إلى رجل آخر: فإنه لا يجوز، بخلاف ما لو شهد أحدُهما أنه وكَّله في الخصومة إلى قاضي الكوفة، والآخَر إلى قاضي البصرة: فإنه(٢) جائزٌ؛ لأن المقصود نفسُ القضاء، وأقضية القُضاة لا تختلف، بخلاف أقضية المُحكَّمين؛ لأن حكم المُحكَّم توسط، والمُتوسِّطان في ذلك مختلفان لاختلاف الذكاء، فالرِّضا بأحدهما لا يكون رضًا بالآخر، فكان التقييدُ مفيدًا، بخلاف التقييد في القاضِيَين؛ لأن القاضي إنما يقضي بحكم الشرع أن البيِّنة على المُدَّعى واليمين على مَن أنكَر، وهذا لا يختلف(٣)»، «حموي»(٤).

[ضابط: كلُّ موضع تجري فيه الوكالةُ ينتصِب الوليُّ خصمًا عن الصغير فيه]

(كلُّ موضعٍ تجري فيه الوكالةُ)، وهو كلُّ ما يصحُّ أن يَعقِدَه هو لنفسه، وصحَّ بإيفاء كلِّ حقٍّ واستيفائه، إلا في حدٍّ وقَوَدٍ عند غَيبةِ المُوكِّل، وبالخُصومة في كل حقٍّ بشرطِ رضا الخصم عنده؛ للُزومها، إلا أن يكون المُوكِّل مريضًا أو غائبًا أو مُخَدَّرة، وعندهما: لا يشترط ذلك.

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب التحكيم (٧/ ٢٨).

(٢) أي: الشهادة.

(٣) فلا يفيد التقييد، فلم يصح، وصح في الحكَمين. كذا في «الحموي».

(٤) «غمز العيون» (٢/ ٣٦٦).

(فـإنَّ الولـيَّ ينتصِـب خصمًا عـن الصغير فيـه)، أي: في ذلـك الموضع، وكلُّ مـا لا تجـري فيـه الوكالـةُ فـإن الولـيَّ لا ينتصب فيـه خصمًا عـن الصغيـر. ويتفرَّع علـى ذلك مـا قاله:

(فانتَصَب الوليُّ) خصمًا (عنه)، أي: عن الصغير، (في التفريق بسبَب الجَبِّ)، كما لو زوَّج رجلٌ صغيرةً لرجل، ثم ظهر أنه مجبُوبٌ: فللوليِّ أن يُخاصِم، كما تُخاصِم عن نفسها بعد إدراكها.

(و)في التفريق بسبب (خيار البُلوغ)، كما لو زوَّج غيرُ الأب والجدِّ صبيَّةً من صبيٍّ، فأدرَكت قبل زوجِها، فاختارت الفُرقةَ ورفعت الأمرَ إلى القاضي: كان للقاضي أن يُحضِر وليَّ الصغير أو وصيَّه ليُخاصِم عنه بأنه زوَّجه أبوها أو جدُّها دون أخيها أو عمِّها، أو أنها اختارته حين البلوغ، «ولا يُقبل قولُها إلا ببيِّنة»، كما في «أحكام الصغار»[1].

(و)بسبب (عدم الكفاءَة)، كما لو زوَّج الصغيرَ غيرُ الأبِ والجدِّ من غير كُفْءٍ: فللوليِّ أن يُخاصم عنها كما تُخاصم عن نفسها بعد الإدراك؛ لأن هذه المواضعَ مما يجري فيها الوكالة.

وبيَّن ما لا تجري فيه الوكالةُ بقوله: (ولا ينتصِب) الوليُّ خصمًا (عنه)، أي: عن الصغير، (في الفُرقة بالإباء عن الإسلام)، كما لو كان صبيٌّ نصراني زوَّجه نصرانيَّةً، فأسلَمت: ليس لأبيه أن ينتصِب خصمًا عن الصغير للتفريق بينه وبين امرأته، بل ينتظر إلى أن يَعقِلَ الإسلامَ، فيُعرَض عليه حينئذ، فإن أبى: فرَّق القاضي بينهما، كما لو كان بالغًا.

---

(١) قال في «أحكام الصغار»، مسائل الأولياء (ص ٤٦): «وذكر في دعوى «فتاوى القاضي الإمام فخر الدين»: صغيرة زوجها غير الأب والجد، فاختصمت بعد البلوغ وهي بكر، فقالت: اخترت الفرقة حين بلغت، وكذبها الزوج: لا يقبل قولها إلا ببينة».

(و)لا ينتصِب خصمًا عن صغير في (اللِّعان)، بأن قذَف الصغيرُ زوجتَه بالزِّنا، فإن الصغير ليس أهلا للعان، فليس لوليه أن يخاصم عن الصغير في دعوى اللعان والتفريق به؛ لأن دعوى اللِّعان لا تجري فيه الوكالة.

(كما في «المحيط»).

[فائدة: لا تُسمع البيِّنةُ على مُقِرٍّ، إلا في مواضعَ]

(لا تُسمع البيِّنةُ على مُقِرٍّ، إلا في وارثٍ مُقِرٍّ بدَين على الميِّت، فتُقام البيِّنةُ للتعدِّي)؛ فإن **الإقرار حُجَّةٌ قاصرةٌ**، و**البيِّنةُ حجَّةٌ مُتعدِّيةٌ**، فلو ادَّعى على ميِّتٍ دَينًا، فأقرَّ به بعضُ الورثة: فإنه يُستوفَى من نصيبه، وللطالب أن يُقيم بيِّنةً على حقِّه ليكون حقُّه في كل التركة. وكذا إن أقرَّ جميعُ الورثة: تُقبل بيِّنتُه؛ لأن المُدَّعي يحتاج إلى إثبات الدَّين في حقِّهم وحقِّ غيرِهم لو ظهَر دائنٌ، كما في «القنية».

وهذا بناءً على ما «قاله في «الجامع» من أنه يُقضَى بالبُرهان للتعدِّي، لا بالإقرار؛ لاقتصاره، وإليه مال الرُّستُفْغَنِيُّ»، كما في «البزازية»[(١)].

وأما على ما قاله في الأقضية من أن شرط سَماع البُرهان والقضاءِ به: الإنكارُ، وقد فات، فلا.

وعليه: لو ادعى عليه شخصٌ، فأنكَر وبرهَن، فقَبْل الحكم أقرَّ المُدَّعى عليه: يُقضَى بالإقرار؛ لأن شرط القضاء بالبيِّنة زالَ، وهو الإنكار. ونقل البيري خلافًا في ذلك، «فقيل: إن العبرة للبيِّنة، فيقضي بها؛ لأنه بالإنكار وإقامة البيِّنة استحقَّ عليه الحكم، فلا يبطُل بإقراره اللاحِق حقَّه السابق، ولأن زيادة التعدِّي الثابتِ بالبُرهان

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض، الخصم في إثبات النسب خمسة (٥/ ٣١٠).

حقُّه، فلا يُؤثِّر الإقرارُ اللاحق. ولا نُسلِّم أن سبب سَماعِ البيِّنة: دوامُ الإنكار، بل الإنكارُ وقتَ سَماع الدعوى [كافٍ]»(١).

قال في «القنية»: هذا رأيُ الخصَّاف، وقال الحلواني وأكثرُ المشايخ: لا تُقبل على المُقِرِّ، وفي «المحيط الرضوي»: «**الثابت بالإقرار كالثابت بالمُعايَنة؛ فإن التُّهمة مُنتفِيةٌ عن الإقرار**»، انتهى.

(و)إلا في (**مُدَّعًى عليه أقرَّ بالوِصاية، فبَرهَن الوصيُّ**)، أي: قال الوصيُّ للقاضي: إن فلانًا أقامني وصيًّا ومات، وله على هذا كذا أو في يده كذا، فصدَّقه المُدَّعى عليه: فإن القاضي لا يُثبت وِصايتَه بإقراره، بل لا بد من إقامة البيِّنة عليها؛ لأن غريم الميِّت إذا أقرَّ بوِصايته، ودفع ما لزمه بإقراره: يتضرَّر؛ لأنه لا تَبْرَأ ذِمَّتُه من الدَّين إذا أنكر الوارثُ(٢)، بخلاف ما إذا بَرْهَن، كما في «القنية».

(و)إلا في (**مُدَّعًى عليه أقرَّ بالوكالة، فيُثبتها الوكيلُ دفعًا للضرَر**) عن المُدَّعى عليه إذا أنكَر المُوكِّل؛ إذ لا تَبْرأ ذِمَّتُه بالدفع، فلو ادَّعى عليه بالوكالة بقَبْض الدَّين، فأقرَّ المُدَّعى عليه بالوكالة وأنكَر الدَّينَ، فأقام الوكيلُ بيِّنةً على الدَّين: لم تُقبل، ولا يصير وكيلا بالخصومة بإقرار المُدَّعى عليه حتى يُقيم البيِّنَةَ على وكالته بالخصومة، كما في «القنية».

(قال في «**جامع الفُصولين**»: **فهذا**)، أي: ما ذكره من التعليل بدفع الضرر، (**يدُلُّ على جواز إقامتِها مع الإقرار في كلِّ موضعٍ يتوقَّع الضررُ من غير المُقِرِّ**)، كالمُوكِّل هنا (**لولاها**)، أي: لولا وجودُ البيِّنة لتوقَّع الضرر.

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢٦).

(٢) في هامش (خ): (قوله: إذا أنكر الوارث، أي: أنكر كون المدفوع إليه وصيا، انتهى، «عمدة»).

[ضابط: كلُّ ما تُوقِّع فيه الضررُ لولا البيِّنةُ: تُقام فيه]

(فيكون هذا)، أي: ما يدل، (أصلًا)، أي: قاعدة كليَّة، وهي: **كلُّ ما تُوقِّع فيه الضررُ لولا البيِّنةُ: تُقام فيه، وما لا فلا،** (انتهى) كلامُ «الفصولين»(١).

فهذه ثلاثةُ مواضعَ تُقام فيه البيِّنة مع الإقرار. (ثم رأيتُ رابعةً كتبتُها في «الشرح» من الدعوى، وهو الاستحقاق، فإنه تُقبل البيِّنةُ به مع إقرار المُستحَقِّ عليه ليَتمكَّن من الرجوع على بائعه(٢))؛ لأن شرطَ الحكم بالرجوع على البائع إذا ثبت الاستحقاقُ: البيِّنةُ(٣)، لا الإقرارُ.

[فائدة: لا تُسمع البيِّنةُ على ساكتٍ، إلا في مسألة]

(ولا تُسمع) البيِّنةُ (على ساكتٍ، إلا في مسألة ذكرناها في دعوى «الشرح»)، وهي: ما إذا وكَّله بالخُصومة غيرَ جائزِ الإقرارِ والإنكار(٤).

قال في «الذخيرة»: «لا رواية في هذا الفصل عن أصحابنا، واختلف المُتأخِّرون فيه، فقال بعضُهم: لا يصحُّ هذا التوكيلُ أصلا؛ لأن التوكيل بالخصومة توكيلٌ بالجواب، والجوابُ إما إقرارٌ أو إنكارٌ، فإذا استثناهما لم يُفوِّضْ إليه شيئًا، وقال بعضهم: يصحُّ، ويصير توكيلا بالسُّكوت، فإذا حضر مجلسَ الحُكم: تُسمع البيِّنةُ عليه. ووجهُ صحَّة هذا التوكيل: وصولُ الطالب إلى مقصوده بواسطة إقامةِ البيِّنة»(٥)، انتهى.

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل الرابع والثلاثون في الأحكامات (٢/ ١٤٥).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٣).

(٣) كذا في (ع). وفي (خ): (بالبينة).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٣).

(٥) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوكالة، الفصل السادس في توكيل بالخصومة (١٥/ ٢١٩ـ ٢٢٠).

قيل عليه: «لا مَدخل لهذه المسألة بين المُستثنيات، وكان ينبغي تأخيرها»[١]، وأيضًا «خالَف فيها المنقولَ؛ فإن المنقول أن الساكت اعتُبِر مُنكِرًا، والمُنكِر تُسمع عليه البيِّنةُ؛ قالوا: إنه إذا قدم خَصْمه إلى مجلس الحُكم وادَّعى عليه، فسأله القاضي فسكَت ولم يُجِب، وكلَّما سألَه لم يَرُدَّ عليه: يُقيمه عن مجلسه ويأخُذ منه كفيلا حتى يسأل عنه مَعارِفَه وجِيرانَه، فإن سألهم وأخبَروا بأنه لا آفةَ به: أعادَه إلى مجلسه، وإن بقي ساكتًا لا يتكلَّم: أجمعوا على أنه يجعله مُنكِرًا في حقِّ سَماع البيِّنة، وتُقبل عليه البيِّنةُ بالحقِّ الذي ادَّعاه، وإن لم يكن له بيِّنةٌ: يُعرَض عليه اليمين ثلاثَ مرَّاتٍ، ويقضي عليه بالنُّكول. وذكر الخصَّاف عن بعض المشايخ أن هذا قولُهما. وأما على قول الإمام، فالقاضي يَحبِسه ولا يقضي بالنكول. وفي «التاتارخانية» معزيًا إلى «السرخسي»: إن القضاء عليه بالنكول قولُ الإمام ومحمد، وحبسُه حتى يُقِرَّ أو يُنكِر قولُ أبي يوسف»، «بيري»[٢].

قال في «البحر»: «وبه أفتيتُ؛ لما أن **الفتوى على قول الثاني فيما يتعلَّق بالقضاء**»[٣]، ونقل عن «البدائع» أن **الأشبَه** أنه إنكارٌ[٤]، فيكون ما ذكره المصنِّف قولَ أبي يوسف.

(ثم رأيتُ خامسةً) لقَبول البيِّنة مع الإقرار، ذكرها **(في «القنية» مُعزيًا إلى «جامع البرغوي»: لو خُوصِم الأبُ بحَقٍّ عن الصبيِّ، فأقرَّ)** الأبُ بحقٍّ عن الصبي:

---

(١) «غمز العيون» (٢/ ٣٦٨).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢٦ ـ ١٢٧).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٣).

(٤) «البحر الرائق» (٧/ ٢٠٣). وانظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الدعوى، فصل في حجة المدعي والمدعى عليه (٦/ ٢٢٦).

(لا يخرُج عن الخُصومة) بإقراره، (ولكن تُقام البيِّنةُ عليه مع إقراره، بخلاف الوصيِّ وأمين القاضي إذا أقرَّا خرَجا عن الخُصومة، انتهى).

(ثم رأيتُ سادسةً في «القنية»: لو أقرَّ الوارث للمُوصَى له: فإنَّها تُسمع البيِّنةُ عليه مع إقراره).

(ثم رأيتُ سابعةً في إجارة «منية المفتي»: آجَر دابَّةً بعينها من رجلٍ، ثم من آخَر، فأقام الأوَّلُ البيِّنَةَ) على الإجارة أوَّلا، (فإن كان الآجرُ[1] حاضِرًا: تُقبل عليه البيِّنةُ، وإن كان يُقِرُّ بما يدَّعي هذا المُدَّعي، وإن كان غائبًا: لا تُقبل، انتهى).

ويُزاد على ذلك ما ذكره البيري والحموي:

«ثامنًا: ما لو كانت الورثةُ مُقِرِّين بالعقار، لا بد من إقامة البيِّنة على بعضهم عند الإمام.

وتاسعًا: الأب والوصيُّ إذا أقرَّا على الصغير لا بد من إقامة البيِّنة.

وعاشرًا: ادعى على آخرَ عقارًا أنه في يده وهو مُستحقٌّ له، فأقرَّ باليد: تُسمع البيِّنةُ على أنه ذو اليد مع إقراره»[2].

«وحاديةَ عشر: الوكيل بالبيع أقرَّ بقبض الثمن، فأراد المشتري أن يُبَرْهِنَ على نَقْدِ الثمن: له ذلك»[3].

[فائدة: يحرُم كتمانُ الشهادة وتأخيرُها]

(كتمانُ الشهادة كبيرةٌ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، قال بعضهم: ليس في القرآن وعيدٌ أشدُّ منه، وعن

---

(١) في النسخ: (الآجر). والمثبت من «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون» و«عمدة ذوي البصائر».

(٢) «غمز العيون» (٢/ ٣٦٨).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢٨).

ابن عباس: أكبر الكبائر: الشِّركُ بالله؛ لقوله تعالى: ﴿فَقَدۡ حَرَّمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِ ٱلۡجَنَّةَ﴾ [المائدة: ٧٢]، وشهادةُ الزُّور، وكتمانُ الشهادة.

«ولمَّا كان الكتمانُ بمعنى الإضمار وعدمِ التكلُّم بها، وهو فعلٌ قلبيٌّ: أسنَده إلى القلب؛ لأن إسنادَ الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها أبلغُ؛ ألا ترى إذا أردتَ التأكيدَ: قلتَ: أبصرَتْه عيني وسمِعتْه أُذُني وعرَفه قلبي، ولأن القلب رئيسُ الأعضاء، إذا صلُحت: صلُح الجسدُ كلُّه، وإذا فسَدت: فسد الجسدُ كلُّه، كأنه قيل: فقد تمكَّن الإثمُ في أصلِ نفسه وأشرفِ مكانٍ فيها، وللإشارة إلى أنه من أعظم الذُّنوب؛ لأن أفعال القلوب أعظمُ من أفعال الجوارح، وهي لها كالأُصول التي تَتشعَّب منها؛ ألا ترى أن أصلَ الحسَنات والسَّيِّئات الإيمانُ والكفرُ، وهما من أفعال القلوب، فإذا جعل كتمانَ الشهادة من آثام القلوب: فقد شهِد له بأنه من مَعاظم الذنوب»، كذا في الكشاف»[(١)].

واستدلَّ في «الهداية» بهذه الآية على فرضِيَّتها، مع احتمال أن يكون النهيُ للمُتدايِنَين عن كَتْمِها، فالأَولى الاستدلالُ بالإجماع، «رمز».

فلو شهِد بعد الكتمان: لا تُقبل شهادتُه، وهذا في غير الشهادة على الشهادة عندهما؛ فإن للفروع أن يمتنِعوا، وقال محمد: لا يَسَعُهما ذلك، ويَأثمون ويصيرون فسَقةً، كما في «شرح الجامع الصغير» للحصيري.

«ولو ماطَل في الشهادة: يأثم»، كما في «خزانة الأكمل»[(٢)].

وهل ـ إذا تحمَّلا الشهادةَ على المِلك بسببٍ ـ لهما أن يَشهَدا بالمِلك المُطلَق؟

---

(١) «الكشاف» للزمخشري (١/ ٣٥٧).

(٢) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الشهادات، من فتاوى الفقيه (٤/ ٦٩).

قال في «الفتح»: «لم يُذكَر في شيءٍ من الكتب، والأصحُّ أنه لا يحِلُّ له»[١].

وهل يصحُّ نَهْيُ الأصلِ الفرعَ عن الأداء بعد الإشهاد؟ قال في «المبسوط»: «لا روايةَ فيه عن أصحابنا، ولكن لا يصحُّ نَهْيُه، وقال الخلاطي: يصحُّ نَهْيُه؛ لأنه كالوكيل عنه، فيَملِك عَزْلَه، وهو الأصحُّ»، انتهى.

(ويحرُم التأخيرُ)، أي: تأخير الشهادة بعد الطلب لأدائها حقيقةً أو حكمًا؛ قال تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وإنما قلنا: حكمًا، ليدخُلَ من عنده شهادةٌ لا يعلم بها صاحبُ الحقِّ، وخافَ فَوْتَ الحقِّ، فإنه يجب أن يشهَد بلا طلبٍ، كما في «الفتح»[٢]؛ لكونه طالبًا لأدائه حكمًا، «منح».

ونظَر فيه المقدسيُّ بأن الواجب في هذا إعلامُ المُدَّعي بما يشهَد به، فإن طلب: وجب عليه أن يشهَد، وإلا لا يجب، فيحتمل أنه ترك حقَّه، انتهى.

وهذا لو كان في حقوق العبد.

وأما في حقوق الله تعالى، كعِتق أمَةٍ وطلاقِ حُرَّة، فيجب الأداءُ من غير طلب، كما في «التنوير»[٣].

وسَتْرُها في الحُدود أفضلُ.

[مواضعُ لا يحرُم فيها تأخيرُ الشهادة]

(إلا في مسائلَ)، فإنه لا يحرُم فيها التأخير:

الأُولى: (أن يكون الشاهدُ عاجزًا عن الذَّهاب إلى مجلس الحكم)؛ لكونه

---

(١) «فتح القدير»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة (٧/ ٤٣٤).

(٢) «فتح القدير»، بداية كتاب الشهادات (٧/ ٣٦٤).

(٣) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الشهادات (ص ٤٨٣).

شيخًا كبيرًا لا يقدر على المَشْيِ إلى مجلس الحكم، وليس له شيءٌ يَركَبه: لا يأثم بالتأخير، ولو ركَّبه المُدَّعي: لا بأسَ به، وإن كان يقدر وركَّبه المُدَّعي: لا يُقبل؛ أو كان بينه وبين القاضي مَسافةٌ بعيدةٌ بحيث لا يُمكِنه أن يَغدُوَ إلى القاضي لأداء الشهادة ويرجِعَ في يومه إلى أهله: فإنه لا يأثَم للُحوقِ الضَّرَر بذلك؛ وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وفي «الفتح»: «ولو صنَع[١] للشُّهود طعامًا فأكَلوا، إن كان مُهَيَّأً من قبل ذلك: تُقبل، وإلا لا، وعن محمد: لا تُقبل فيهما، وقال أبو يوسف: تُقبل فيهما، **والفتوى على قوله**»[٢].

الثانية: (**فيما إذا قام الحقُّ بغيره**)، بأن كان له شهودٌ غيرُه يُجِيبُونه: فإنه لا يأثم بالامتناع، بخلاف ما إذا أشهَد غيرَه فلم يَقبل، (**إلا أن يكون**) الشاهدُ الذي معه غيرُه (**أسرعَ قبولًا**) من غيره، فإنه يأثم بالامتناع، كما في «الفتح»[٣].

(و)الثالثة: (**أن يكون الحاكمُ جائرًا**)، فإن له الامتناعَ حتى يجِدَ قاضيًا عَدْلًا، سواءٌ تمَّ النصابُ به أو لا، كما في «البيري»[٤]؛ إذ ربَّما لا يَقبل شهادتَه.

قيل: فينبغي إذا غلب على ظنِّه أنه يقبله: يتعيَّن عليه الأداء، وكذا العدلُ إذا سُئِل عن الشهادة، وهي في «الخصاف»، «رمز».

(و)الرابعة: (**أن يُخبِره**)، أي: الشاهد، (**عدلان بما يُسقِط الشهادةَ**)، كما لو شهِد

---

(١) كذا في النسخ. وفي «فتح القدير»: (وضع).

(٢) لم يذكر في «فتح القدير» لفظ الفتوى، وإنما قال (٧/ ٣٦٦): «**وهو** (أي: قول أبي يوسف) **الأوجه**؛ للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه، شاهدا أو لا».

(٣) انظر: «فتح القدير»، أوائل كتاب الشهادات (٧/ ٣٦٦).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢٩).

عند الشاهد عدلان أن المُدَّعي قبَض دينه، أو أنَّ الزوجَ طلَّقها ثلاثًا، أو أن المشتري أعتق العبدَ: لا يَسَعُه أن يَشهَد، وإن كان المُخبِر عدلا: لا يَسَعه تركُ الشهادة به، وإن لم يكونا عدلَين: فالخيارُ للشُّهود، إن شاؤُوا شهِدوا بالدَّين مثلا، وأخبَروا القاضي بخبَر القضاء، وإن شاؤُوا امتنعوا عن الشهادة، كذا في «البزازية»(١).

وفيها في شهادة التسامُع: «إذا شهد عندك عدلان بخلاف ما سمِعتَه ممَّن وقَع في قلبك صِدقُه: لم يسَعْ لك أداءُ الشهادة، إلا إذا علِمتَ يقينًا أنهما كاذبان، وإن شهِد عنك عدلٌ بخلاف ما وقع في قلبك بسَماع الخبَر: لك أن تشهَد، إلا أن يقع في قلبك صدقُ الواحد»(٢)، انتهى.

قال في «الرمز»: «وينبغي أن يكون هذا في سائر الشهادات»، انتهى.

(و)الخامسة: (أن يكون مُعتقَدُ القاضي خلافَ مُعتقَدِ الشاهد)، كما لو كان القاضي حنفيًّا، لا يرى هِبةَ المُشاع فيما يَنقسِم، وكان الشاهدُ شافعيًّا يرى صحَّتَها، وهو يشهَد أن زيدًا وهَب عمرًا بعضَ أرضٍ أو دارٍ: فإنه لا يحرُم عليه التأخيرُ بعد الطلب؛ لأنه يعلَم أن القاضي لا يَقبل شهادتَه، ولا يحكُم بصحَّة الهِبة، فكان عُذْرًا في التأخير.

(و)السادسة: (أن يعلَم أن القاضي لا يَقبل شهادتَه)، ومفهومُ قولِه: «أن يعلم»، أنه لو شكَّ: تعيَّن عليه، «رمز».

ويُزاد على ذلك:

أن لا يقِفَ الشاهدُ على أن المُقِرَّ أقرَّ خوفًا، إن علِم بذلك: لا يشهد، كما في «الرمز».

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، بداية كتاب الشهادات (٥/ ٢٣٧ ـ ٢٣٨).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الجنس الأول في المقدمة (٥/ ٢٤٢).

وما في «البيري»: «أن لا يخاف[١] من سلطان. أما إذا خاف من سلطانٍ جائرٍ: له أن لا يشهد، وكذا إن لم يتذكَّرها[٢] [على وجهها]»[٣].

قال شيخُنا: «وكلُّ مَن يَتأتَّى منه الجَورُ فهو في حكم السُّلطان الجائر»، انتهى.

وإذا توفَّرت هذه الشروطُ، فوجب، فلم يُؤَدِّ بلا عُذر ظاهر، ثم أدَّى: لا تُقبل؛ لتمكُّن الشُّبهة بأنه لاستجلاب أَجْر. قال في «الفتح»: «ويُحمل على العُذر مَن نسِي ثم تذكَّر»[٤].

وفي «البزازية»: «ولا بأسَ للرجل أن يحتَرز عن قَبول الشهادة وتحمُّلِها. طُلِب منه أن يكتُب شهادةً أو يشهَد على عقدٍ، أو طُلب منه الأداءُ، إن كان يجِدُ غيرَه: فله الامتناعُ، وإلا لا»[٥]، انتهى.

وفي «أحكام القرآن» للرازي: «الإشهادُ على المُدَايَنات والمُبايَعات مندوبٌ، إلا اليسير، كالخُبز والماء والبَقَل»[٦]، وما في «الملتقط» من أنه فرضٌ: غريبٌ، انتهى.

---

(١) أي: على نفسه.

(٢) أي: الشهادة.

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٢٩).

(٤) «فتح القدير»، أوائل كتاب الشهادات (٧/ ٣٦٧).

(٥) «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الجنس الأول في المقدمة، نوع في الرجل متى تحل له الشهادة (٥/ ٢٤٦). قال: «وإن كان هو أسرع قبولا من آخرين: ليس له الامتناع عن الأداء؛ لما فيه من الأداء إلى ضياع الحق».

(٦) انظر: «أحكام القرآن» للجصاص (٢/ ٢٥٧).

[فائدة: الفاسق إذا تاب تُقبل شهادتُه]

(والفاسق)، ولو بأكلِ الرِّبا أو إدمانِ الخمر، (إذا تاب تُقبل شهادتُه) وتوبتُه، وإن لم يتُبْ: لا تُقبل ولو كان وَجيهًا ذا مُروءةٍ على **الأصحِّ**.

وفي «الخانية»: «الفاسق إذا تاب لا تُقبل شهادتُه ما لم يَمضِ عليه زمنٌ تظهر فيه التوبةُ، ثم بعضهم قدَّره بسِتَّة أشهُر، وبعضُهم بسَنَةٍ، و**الصحيحُ** أن ذلك مُفوَّضٌ إلى رأي القاضي والمُعدِّل»[1]، انتهى.

«ولو كان عدلا، فشهِد بزُورٍ، ثم تاب: تُقبل من غير مُدَّة»، «خلاصة»[2].

وفي «المشرع»: «العدالة شرطُ وجوب[3] القبول، فيجوز حنيئذٍ أن يُوجَد القبولُ بدون العدالة في الجملة، حتى إن القاضي لو تحرَّى الصِّدقَ في شهادة الفاسق: له أن يَقبل شهادتَه، ولا يجوز القبول بدون تحرٍّ بالإجماع، وله أن يَقبل شهادةَ العدل من غير تحرٍّ، وإذا شهِد: يجب عليه القبولُ، هذا هو الفصلُ بين شهادة العدلِ وشهادة الفاسق عندنا»[4]، انتهى.

[مطلب: في بيان العدالة في الشاهد]

والعدالة: هي الاستقامة، وهي بالإسلام، واعتدالِ العقل، ومُعارَضة هوى النفسِ الذي يُضِلُّه ويصُدُّه، وليس لكمالها حدٌّ يُدرَك مَداه، ويكفي لها أدناه لئلا تَضيعَ الحقوقُ، وهو رُجحانُ جهة الدِّين والعقل على الهوى والشَّهوة.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل فيمن لا تقبل شهادته لفسقه (٢/ ٤٦١).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثاني في الشهادات (٤/ ٦٠).

(٣) في هامش (خ): (قوله: شرط وجوب، أي: لا شرط صحة، فصح التفريع بقوله، فيجوز، أي: فيصح وإن لم يجب، انتهى).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٣٠).

وأحسنُ ما قيل فيه عن أبي يوسف: العدلُ أن يكون مُجتنِبًا الكبائرَ، غيرَ مُصِرٍّ على الصغائر، وأن يكون مُرُوءَتُه ظاهرةً، فعدمُها مُفوِّتٌ لها.

ويُفهم منه: أن الفاسق هو مُرتكِبُ الكبائر، والمُصِرُّ على الصغائر، ومُرُوءتُه غيرُ ظاهرة.

وفي «الفتح» و«القهستاني» عن «النظم»: «يُشترط فيه إعلانُ الكبيرة»(١)، فليُحفظ، وكذا في «الشُّرنبلالية»(٢).

[مسائلُ مُستثناةٌ من الفائدة السابقة]

(إلا المحدودَ في القَذْف)، بخلاف المحدود في غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، والاستثناءُ بقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٥]... إلخ، مُنصرِفٌ لما يَليه، وهو: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤]، لا إلى ما قبله؛ لأنه طلبيٌّ، وهذا خبَريٌّ بضمير فصل(٣).

قال البيري: «والمرادُ بالمحدود بالقذف الحد: كلُّه؛ لأنه اسمٌ للكُلِّ، فلا يكون البعضُ حدًّا؛ لأن الحدَّ لا يَتجزَّأ، وهذا جوابُ ظاهر الرواية»(٤).

إذا علِمتَ ذلك: فلا يتخرَّج اللَّغزُ الذي ذكره من أنه: أيُّ محدودٍ في قَذْفٍ لا تُقبل شهادتُه؟ وهو النصرانِيُّ الذي قذَف مُسلِمًا، فضُرب سَوطًا واحدًا، ثم أسلَم،

---

(١) قال في «فتح القدير»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٤١٢): «الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور، فلذا شرط في شرب الخمر والسكر الإدمان، والله سبحانه وتعالى أعلم». وانظر: «جامع الرموز»، كتاب الشهادة (٢/ ٤٣٤).

(٢) انظر: «غنية ذوي الأحكام»، كتاب الشهادات، باب القبول وعدمه (٢/ ٣٨٠).

(٣) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٣/ ٢٧٢).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٣٠).

فضُرب تسعةً وسبعين: جازت شهادتُه، إلا على خلاف ظاهر الرواية.

واستثنَى في «التنوير» من المحدود في القذف: الكافرَ إذا قذَف فحُدَّ ثم أسلَم: فإنه تُقبل شهادتُه؛ لأنه ليس للكافر شهادةٌ، فكان ردُّها من تمام الحدِّ، وبالإسلام حدَثت له شهادةٌ أُخرى، بخلاف العبد إذا حُدَّ فعتَق: تُرَدُّ شهادتُه؛ إذ لا شهادةَ له أصلا حالَ رِقِّه، فيَتوقَّف الرَّدُّ على حُدوثها، فإذا حدَثت: كان ردُّ شهادتِه بعد العتق من تمام هذه[1].

وفي «الملتقى» و«شرحه»: «وتُقبل شهادة المحدود في القذف إذا بَرْهَن على صِدقه بأربعة على زِناه أو باثنين على إقراره»[2]، انتهى.

(و)إلا (المعروف بالكذب)، فإنه لا تُقبل شهادتُه وإن تاب؛ «لأن مَن عُرِف به واشتهر لا يُعرف صِدقُه بتَوبته»، «بحر»[3].

(و)إلا (شاهد الزُّور إذا كان عَدْلا): فإنه لا تُقبل شهادتُه وإن تاب، (على ما ذكره في «المنظومة) الوهبانية». قال فيها:

«ولو شهِد المعروفُ بالعَدْل مرَّة بزُور، فقيل: المنع[4] إلى حين يقبر»

قال في «شرحها»: «يُشير بذلك إلى ما في «الخانية»: المعروف بالعدالة إذا شهِد زُورًا لا تُقبل شهادته؛ لأنه لا تُعرف توبتُه، وقال الفقيه أبو جعفر: تُقبل شهادتُه، **وعليه الاعتماد**. وإلى قول أبي يوسف أشار بقوله: قيل، ومفهومُه أن مُقابِلَه ـ وهو القبول ـ هو القولُ **الصحيح**، ومفهومُ تقييدِه بالعدل: أن غيرَه لم يَجْرِ فيه الخلاف، بل تُقبل شهادتُه قولا واحدًا»[5]، انتهى.

---

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الشهادات، باب القبول وعدمه (ص ٤٨٨).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٣/ ٢٧٣).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٧٩).

(٤) كذا في النسخ. وفي «المنظومة» المطبوعة مع شرح ابن الشحنة: (أمنع).

(٥) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الشهادات (١/ ٣٠٦).

فبهذا عرَفت ما ذكَره المُصنِّف من قوله: «على ما في «المنظومة»».

وقوله: (وفي «الخانية»: القبول)، فيه: أنَّ ما في «المنظومة» هو ما في «الخانية».

[فائدة: لا تُقبل شهادةُ الأصل لفرعه]

(لا تُقبل شهادةُ الفرع لأصله[(١)])؛ لأن المَنافع بين الأولاد والآباء مُتَّصِلةٌ، فتكون شهادةً لنفسه من وجه.

وأطلَق الفرعَ، فشمِل الفرعَ من وجه، فلا تُقبل شهادتُه لولد المُلاعِن، ولا عكسه؛ لبُنُوَّته من وجهٍ؛ بدليل صحَّة دعوتِهم منه، وجميعُ أحكام البُنُوَّة ثابتةٌ لهم إلا الإرث والنفقة، كولد العاهِر.

(إلا إذا شهِد الجدُّ لابن ابنِه على أبيه)، كما في «الخانية»[(٢)]. ونظَمها في «الوهبانية»، فقال:

«ولو شهِد الإنسانُ[(٣)] لابن ابنه على ابنه[(٤)] جاز كالإنسان فيما يُصوَّرُ»

---

(١) في هامش (خ): (قوله: شهادة الفرع لأصله، حق العبارة: لا تقبل شهادة الأصل لفرعه؛ لأجل صحة الاستثناء، وإن كان ما ذكره صحيحا في ذاته، تدبر، انتهى).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، فصل فيما يستحق على القاضي (٢/ ٣٦٦).

(٣) في هامش (خ): (قوله: ولو شهد الإنسان... إلخ. قال الشارح: اشتمل البيت على مسألتين؛ الأولى: قال قاضي خان: وإذا شهد الرجل لابن ابنه على أبيه: جازت شهادته. الثانية: قال امرأة: ولدت ولدا، وادعت أنه من زوجها هذا، وجحد الزوج ذلك، فشهد على الزوج أبوه وابنه على إقرار الزوج أن هذا ولده من هذه المرأة: قال في «الأصل»: جازت شهادتهما؛ لأنهما يشهدان عليه. ولو ادعى الزوج ذلك، والمرأة تجحد، فشهد عليها أبوها وجدها أنها ولدت منه، وأنها أقرت بذلك: ذكر روايتان في كتاب دعوى «الأصل»؛ في رواية: لم تجز شهادتهما؛ لأنهما شهدا لولدهما، وفي رواية: تقبل. وقول الناظم: كالإنسان، يريد كما لو شهد ابن الإنسان عليه، يعني المسألة الثانية، وفي فهم ذلك من هذه العبارة تعسر أو تعذر، فلو قال:

ولابن ابنه جازت بحق على ابنه كما في أب وابن لنجل تصور

لكان أوضح في مقصوده، وأولى من تعقيده. ولا يخفى أن ضمير «جازت» و«تصور» للشهادة، انتهى).

(٤) في «المنظومة» المطبوعة مع شرح ابن الشحنة: (أبيه).

قال ابن الشحنة: «وأطلَقه ولم يُقيِّدْه بحقٍّ دون حق»[١]، انتهى.

قال في «المنح»: «ولعل وجهَ القبول أن إقدامه على الشهادة على ولده، وهو أعزُّ عليه من ابن ابنِه: دليلٌ على صدقه، فتَنتفِي التُّهمةُ التي رُدَّت لأجلها»، انتهى.

وهو أَولى مما في «البحر» نقلا عن «المحيط»: «قال محمد: رجلٌ شهِد لابن ابنِه على ابنه[٢]، فقيل: لأنه حين شهِد عليه لم يصِرْ جَدًّا لولَدِه، بل يصير بعد حكم الحاكم بشهادته، فحينئذ يصير جدًّا بمُوجَب الشهادة، والشيءُ لا ينفي مُوجِبَ نفسِه»[٣]، انتهى.

قال في «البحر»: «وهذا التعليل يُفيد أن الكلامَ في شهادة الأبِ على إقرار ابنِه بأنَّ ما ولدَتْه زوجتُه ابنُه، لا في الأموال، والأوَّلُ في الأموال»[٤]، انتهى.

[فائدة: شهادةُ الفرع على أصله جائزةٌ وبالعكس، إلا في مواضعَ]

(شهادة الفرع على أصله جائزةٌ وبالعكس، إلا إذا شهِد على أبيه لأُمِّه): فإنها غيرُ جائزة.

أطلَق عدمَ الجواز مع أنه مُقيَّدٌ بالدعوى؛ قال محمد في «الجامع الكبير»: «شهِد الابنان على أبيهما بتطليق أُمِّهما، والأبُ يَجحَد، فإن كانت الأُمُّ تدَّعي: فالشهادة باطلةٌ، وإن كانت تَجحَد: فهي جائزةٌ؛ لأنها إن كانت تدَّعي: فهم يَشهدون لها؛ لأنهم يُصدِّقونَها ويُعِيدون البُضْعَ إلى ملكها، فيَترجَّح جانبُ النفع

---

(١) لم أجده فيما ذكره ابن الشحنة شرحًا على هذا البيت، كما يتبين مما نقلته عن هامش (خ) في التعليق الذي مر.

(٢) في «البحر»: (أبيه).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٨٠).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٨٠).

لها، وهو عَودُ ذلك البُضْع لها؛ وإن كانت تجحَد: فهم يَشهدون على أبيهم بزوال ملكِ النكاح، وعلى أُمِّهم بتكذيبهم إياها، فيُبطِلون عليها ما استحقَّت من الحقوق من قَسم ونفقة، وما يحصُل لها من منفعة عَودِ بُضْعِها إلى ملكها منفعةٌ محمودةٌ يَشُوبُها ضررٌ، فلا يَمنع قبولَ الشهادة في هذا؛ بناءً على ما عُرف من أن ما تردَّد بين النفع والضرر يُجعل ضابطُه الدعوى والإنكارُ، والطلاقُ وإن كان حقَّ الله تعالى، فوجودُ دعوى الأُمِّ وعدمُها سواءٌ، فهو يشتمل على حقِّها، فباعتباره يُشترط الدعوى»[(١)]، انتهى.

وقد نظم هذا في «الوهبانية»، فقال:

«ولو شهد الأولادُ تطليقَ أُمِّهم إذا أنكَرت صحَّتْ، وإلا فيُنكَر»[(٢)]

وفي «فتاوى الأوزجندي»: «إن الأُمَّ وإنْ ادَّعَتْ الطلاقَ: تُقبل شهادتُهما؛ لأن دعواها لَغْوٌ، فإنَّ الشهادة تُقبل حِسْبةً من غير دعواها، فصارت دعواها لَغْوًا، وجودُها وعدمُها سواءٌ»، انتهى.

وفي آخر عبارة «الجامع» ما يُشير إلى دفع ذلك، فتأمَّل.

وفي «البزازية»: «إذا شهِدا لأبيهما أن امرأته ارتدَّت ـ والعياذ بالله ـ إن كانت حيَّةً: لا تُقبل؛ لأن فيه نفعَ الأُمِّ، وهو اندفاعُ المَضرَّة عنها، وإن كانت ميِّتةً، إن ادَّعى الأبُ ذلك: لا تقبل؛ لأن الفُرقة تقع بالإقرار، فأثَّرت الشهادةُ في إسقاط الصَّداق[(٣)]

---

(١) نقله ابن الشحنة عن «التحرير شرح الجامع الكبير». انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الشهادات (١/ ٣٢١).

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية» (١/ ٣٢١).

(٣) في النسخ: (الطلاق). والمثبت من «البزازية».

ونفقة العِدَّة، فكانت للأب، وإن جحَد الأبُ: تُقبل؛ لأن فيه ضررًا[١] له بزوال الزوجيَّة، وإن فيه نفعًا مَشُوبًا بالضرر»[٢]، انتهى.

(و)إلا (إذا شهِد الابنُ على أبيه بطلاقِ ضرَّة أُمِّه، والأُمُّ)، أي: والحال أن الأُمَّ، (في نكاحِه)، أي: الأب، فلا تقبل؛ لأنها شهادةٌ للأُمِّ في المَآل، وعلى ما قاله الأوزجندي من القبول في المسألة الأُولى على الأصحّ: يُفهم منه القبول في هذه بالأَولى.

[فائدة: بيِّنةُ الإكراه أَولى من بيِّنة الطَّوْع عند التعارُض]

(إذا تعارَضت بيِّنةُ الطَّوْع مع بيِّنة الإكراه: فبيِّنةُ الإكراهِ أَولى) في الصحيح، وإن كان في «الوهبانية» قدَّم بيِّنةَ الطَّوع تبعًا لـ«القنية»، قال فيها:

«ومـن يـدَّع كُرْهًـا وطَوعًـا خَصِيمُـه ... إذا بـيَّنا فالطَّـوعُ أَولـى وأَجـدَر»[٣]

(في البيع)، بأن ادَّعى أحدُهما البيعَ عن طَوع والآخَرُ عن إكراه، (والإجارة[٤])،

---

(١) في النسخ: (شهادة). والمثبت من «البزازية».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الجنس الثاني فيما يقبل، نوع في الشهادة على النفل (٥/ ٢٦٦).

(٣) «شرح المنظومة الوهبانية»، آخر كتاب الشهادات (١/ ٣٢٨).

وفي هامش (ع): (وفي «العمادية»: بيِّنةُ الإكراه أحقُّ بالقبول؛ لأنها تُثبِت خلافَ الظاهر، فلذا قال الشارح، أي: ابنُ الشحنة،

وبيِّـنتـا كُـرْهٍ وطَـوعٍ أُقِـيـمَـتـا ... فتقديمُ ذاتِ الكُرْه صحَّح الأكثرُ

«شرح شرنبلالي». لا يقال: بينة الإكراه نافية، وبينة الطوع مثبتة، فكان ينبغي تقديم بينة الطوع، قلنا: بينة الإكراه تثبت الزيادة من حيث الظاهر).

(٤) في هامش (خ): (قوله: والإجارة. هذا مخالف لما صرح به المصنف في «الشرح» عن «القنية»، ونصه: تعارضت بينة الإكراه والطوع في الإجارة، بينة الطواعية أولى، انتهى، وأقره الحموي وأبو السعود).

والصُّلح، والإقرار)، فلو أثبَت على إنسان إقرارَه بشيءٍ طائعًا، وأقام المُدَّعى [عليه][1] بيِّنةً على إكراهه في ذلك الإقرار: فبيِّنةُ الإكراه أولى؛ لأنها تُثبت خلافَ الظاهر، كما في «الفصول العمادية».

وقيَّده في «البزَّازية» بما إذا لم يُؤرِّخا، أو أرَّخا على التعاقُب، وإلا فالبيِّنةُ بيِّنةُ الطَّوع[2]، وهكذا في «التاتارخانية»[3]، وبه أفتى التمرتاشي.

(وعند عدم البيان)، أي: عند عدم إقامة البيِّنة في هذه المسائل كلِّها، **(فالقولُ لمُدَّعي الطَّوعِ)** مع اليمين؛ لأنه الأصلُ في العقود، **(كما إذا اختلفا في صحَّة البيع وفساده: فالقولُ لمُدَّعي الصحَّةِ)** مع يمينه، «والبيِّنةُ بيِّنةُ مَن يدَّعي الفسادَ باتفاق الرِّوايات»، كما في «شرح الوهبانية»[4].

وفي «شرح الملتقى» للحصكفي: «لو تعارضت بيِّنتا موته من الجرح أو بعد

---

(١) في النسخ: (المدعي)، وليس بصحيح؛ فإن بينة المدعي بينة الطوع، وبينة المدعى عليه بينة الإكراه، كما في «البزازية» و«التاتارخانية».

(٢) الذي في «البزازية» و«التاتارخانية» أن البينة بينة المدعي (أي: بينة الطوع) إن لم يؤرخا، أو أرخا على التعاقب، وإلا فالبينة بينة الإكراه. انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، آخر الفصل السابع في الشهادة على الشهادة (٥/ ٣٠١).

(٣) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الدعوى، الفصل الرابع والعشرون في دعوى الوصية وجحود الوارث ذلك وإقراره لآخر (١٣/ ٣٠٥).

وفي هامش (خ): (قوله: وهكذا في «التاتارخانية». هذا مخالف لما في «أبي السعود»، ونصه: وفي «التاتارخانية»: ادعى الإقرار طائعا، وأقام المدعى عليه البينة أنه كان ذلك الإقرار بذلك التاريخ عن كره، فالبينة بينة المدعى عليه. وإن لم يؤرخا، أو أرخا على التعاقب: فالبينة للمدعي، ونقله عن «الحموي». وحسبنا الله ونعم الوكيل).

(٤) «شرح المنظومة الوهبانية»، آخر كتاب الشهادات (١/ ٣٢٨).

البُرْء، وبيِّنتا أنه لم يَجرَحني أو قد جرحني، وبيِّنتا الغَبْن أو بمثل الثمن، والإكراه أو الطَّوع، والبيع أو الرهن، وبيع الوفاء أو الباتِّ، والفساد أو الصحَّة، وكونِ المُتصرِّف ذا عقلٍ أو مجنونًا أو مخلوطًا أو صغيرًا، وإجازتِها النكاحَ، أو هي على ردِّه، أو هو على إجازتِها، وإبراؤها زوجَها من المهر بشرطٍ مُتعارَف أو بغير شرط، وإبراؤها زوجها في صحَّتها أو في مرضها، وإقراره لوارثه في صحَّته أو مرضه، والراهن أو المرتهن في قيمة الرهن، ووجود الشرط أو عدمه، وموت المَبيع في يد البائع أو المشتري، ولو أرَّخا: فالأسبقُ، وقِسمة الرِّبح في المُضاربة بعد قبض رأسِ المال أو قبله، وإلا فالقولُ لربِّ المال، وبيع الوصي، وطلاق الوكيل أو عتاقه قبل عَزْله أو بعده، وأن هذه الدار كانت لأُمِّنا فورِثناها منها، أو كانت لأبينا فورِثناها منه، والخارج على الوقف عليه مطلقًا، أو على ملكٍ مطلق، والبيع أو الوقف مُسجَّلا، أي: بلا تعيين[1] الواقف، وإلا فبيِّنة الوقف؛ لأنه يصير مَقضِيًّا عليه، فيلزم التعيينُ، كبيِّنة الملك مع بيِّنة العتق، واليَسار والإعسار، والقرض أو المُضاربة أو الأمانة، والأمانة أو الشراء، وقدم البناء أو حُدوثه، وحدوث الكَنيف أو قِدَمه، وولاء المُوَالاة أو العتاقة إذا ادَّعى الغلامُ وأخَّر بيِّنتَي ولاءِ الموالاة، وأسبَق بيِّنتي ولاء العتق، وربِّ السَّلَم أو المُسلَم إليه في نحو قدرٍ وجنسٍ وصفةٍ، لا في أخذ رأسِ المال في الحال أو بعد الأجل، وأنه عِنِّينٌ أو فَحْلٌ، وأن البَلْدة فُتِحت عُنْوةً أو صُلْحًا، والإقالة أو البيع ببُطلان بيِّنة البيع بإقرارِ مُدَّعِي الإقالةِ، كبيِّنة أنه أبرَأه من الدَّين وذاك يدَّعيه، أو أبرَأَتْه من المهر الذي تدَّعيه، وهي تدَّعيه لبُطلانه بالإقرار، فليُحفَظْ هذا الأصلُ الأصيل. قلت: ففي هذه النيِّف والأربعين صورةً البيِّنةُ الأُولى أَولى، وتمامه في كتاب «ترجيح البيِّنات» لابن غانم،

---

(١) في النسخ: (تعين)، والمثبت من «الدر المنتقى».

وقد لخَّصتُه في مُؤلَّفٍ خاصٍّ تليخصًا حسَنًا، فعليك به»[١]، انتهى.

[فائدة: إذا اختلَف المُتبايِعان تحالَفا وتَفاسَخا، إلا في مسألة]

(إذا اختلف المتبايعان) في قَدْر الثمن، أو وصفِه، أو جِنْسه، أو في قدر المَبيع، أو فيهما معًا: حكَم القاضي لمَن بَرْهَن، وإن برهَنا: فلِمُثبِت الزيادة، وإن عجَزا عن البُرهان: قيل لهما: إما أن يَرضَى أحدُكما بدعوى الآخَرِ، وإلا فسَخنا البيعَ، فإن لم يرضَ أحدُهما بدعوى الآخَر: (تحالَفا)، أي: استحلَف القاضي كُلًّا منهما على النفي في الأصل، فإن كان قبل القبض: فهو قياسيٌّ؛ لأن كُلًّا منهما مُنكِرٌ، وإن كان بعده: فهو استحسانِيٌّ؛ لأن المُشتري لا يدَّعي شيئًا؛ لأن المبيع سالمٌ.

بقِي: لو ادَّعى البائعُ زيادةَ الثمن، والمُشتري يُنكِره، وكان[٢] ينبغي تحليفُه، لكن تركناه بالنَّصِّ، وهو قولُه عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلَف المُتبايِعان والسِّلعةُ قائمةٌ: تحالَفا وترادَّا»[٣]، وبُدِئ بيمين المُشتري، وفي المُقابَضة بأيِّهما شاء، ومن نكَل لزمه دعوى صاحبِه، (وتفاسَخا) إن حلَفا بطلبِ أحدِهما.

وحقَّق المُصنِّف في «البحر» أن «التحالُف لا ينحصِر [في البيع] في [الاختلاف في] المَبيع أو الثمن، بل يجري في كلِّ موضع يكون كلٌّ منهما مُنكِرًا ومُدَّعيًا»[٤].

وفي «التنوير»: «ولا تحالُفَ في أجلٍ، وشرطٍ، وقبضِ بعضِ ثمنٍ، والقولُ

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الشهادات، آخر باب الاختلاف في الشهادة (٣/ ٢٩٢).

(٢) في (ع): (كان).

(٣) رواه بنحو هذا الطبراني في «الأوسط»، برقم (٣٧٢٠). وروى أبو داود في «سننه»، كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان والبيع قائم، برقم (٣٥١١): «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان».

(٤) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب التحالف (٧/ ٢٢٠).

للمُنكِرِ مع يمينه، ولا بعد هلاكِ المبيع، وحُلِّف المشتري فقط، ولا تحالُفَ بعد هلاك بعضِه، إلا أن يرضَى البائعُ بتركِ حصَّة الهالك[١]، ولا في بدَلِ كتابةٍ، ورأسِ مالٍ بعد إقالةِ السَّلَم، ولا في الحطِّ والإبراء»، وتمامُه في «شرحه»[٢].

(**إلا في مسألة**)، فإنَّ فيها لا يَتحالَفان ولا يتفاسَخان، وهي ما (**إذا كان المبيعُ عبدًا، فحلَف كلٌّ**) من المُتبايعَين (**بعتقِه، وأقامَ بيِّنةً على صِدْق دعواه، فلا تحالُفَ**) بينهما (**ولا فَسْخَ، ويلزَم البيعُ ولا يَعتِق**) العبدُ، (**واليمين على المشتري، كما في «الواقعات»**)، يعني: لو اشترى رجلٌ من آخَرَ عبدًا، ثم اختلَفا في الثمن، فقال: إن كنتُ بعتُه إلا بألفِ درهم فهو حُرٌّ، وقال المشتري: إن كنتُ اشتريتُه إلا بخمسِمائة درهم فهو حُرٌّ، فالبيعُ لازمٌ، ولا يتحالفان، ولا يَعتِق العبدُ، ويلزم من الثمن ما أقرَّ به المشتري. أما لُزومُ البيع؛ فلأنَّ البائع أقرَّ أن المشتري حنَث في يمينه، وأن العبد قد عتَق، فلا يُمكن نقضُ البيع فيه. وأما عدمُ العتق؛ فلأنَّ المُشتري يُنكِر شرطَ العتق. وأما لزومُ مقدارِ ما أقرَّ به من الثمن، فلأنَّه أنكَر الزيادة.

[فائدة: القضاء يجوز تخصيصُه وتقييدُه]

(**القضاء يجوز تخصيصُه، وتقييدُه بالزمان**)، ولو يومًا، (**والمكان**)، ولو مجلسًا، (**واستثناءِ بعضِ الخُصومات**)، أو بعضِ الرجالِ، أو بشرطٍ، كقوله: ولَّيتُكَ بلدةِ كذا بشرطِ أن لا تَرتشِيَ مثلا، فالتقليدُ صحيحٌ والشرطُ كذلك، (**كما في «الخلاصة»**[٣]).

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك، أي: تركها أصلا، فيصير كأن العقد وقع على القائم فقط، فيتحالفان، ويفسخ على القائم، انتهى، «در منتقى»).

(٢) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الدعوى، باب التحالف (ص ٥١٦ ـ ٥١٧).

(٣) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الأول في التقليد (٤/ ٤).

(وعلى هذا)، أي: ما ذكرناه من جواز التخصيص بالزمان، (لو أمَر السُّلطانُ بعدمِ سَماع الدعوى بعد خمسة عشر سَنةً)، كما هو الواقعُ الآن، وإلا فلو خصَّصها بأقلَّ أو أكثرَ: (لا تُسمع، ويجب عليه)، أي: على المأمور بذلك، (عدمُ سَماعها)؛ لأنه أمرٌ مُباح، فيصير واجبًا، تأمل.

ولو عبَّر بنفي الجواز لكان أَولى؛ إذ لا يلزم من نفي الوجوب نفيُه، والمقصودُ عدمُ الجواز.

قال في «مُعين المفتي»: «لا يجوز له السَّماعُ من حيث كونه قاضيًا، لا من حيث كونه حكَمًا[1]»[2].

قالوا: وهذا مشروطٌ بأن لا يكون المُدَّعى به مالُ يتيم، أو وقفٌ، أو صدَر أمرٌ سُلطانِيٌّ بخلافه، كما في «فتاوى أبي السعود».

وقد تقدم نقلا عن شيخ الإسلام يحيى المنقاري أن سلاطين زمانِنا إذا تولَّى أحدٌ منهم: يُقرِّر هذا النهيَ، وأن هذا عامٌّ لكلِّ قاضٍ، بل لكلِّ والٍ[3].

---

(١) في «معين المفتي»: (محكَّما).

(٢) «معين المفتي»، كتاب القضاء (ص ٣٧٤).

(٣) في هامش (ع): (وفي «صرة الفتاوى» نقلا عن «المبسوط»: إن الإرث لا يسقط بالتأخير، وفي «فتاوى العتابي»: الميراث حق معلوم، فلا يسقط بالتأخير، وبه أفتى أبو السعود العمادي ومن بعده، انتهى. وفي «الدر المختار»: الدعوى لا تسمع بعد خمس عشرة سنة إلا في الوقف والإرث ووجود إذن شرعي، وبه أفتى أبو السعود. وفي «الخيرية» استثني من منع سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة: الوقف، ومال اليتيم والغائب).

[فائدة: الرأيُ للقاضي في مسائل]

(الرأيُ للقاضي) المجتهد[١]، كما قدَّمنا عن «القهستاني» أن كلَّ موضع قالوا: الرأي فيه للقاضي، فالمراد به المجتهِد، (في مسائل):

الأُولى: (في السُّؤال عن سبب الدَّين) المُدَّعى به إذا طلَب المُدَّعى عليه من القاضي أن يَسأل المُدَّعي مِن أيِّ وجهٍ يدَّعي عليَّ هذا المالَ، إن سألَه القاضي: فحسَنٌ، وإن لم يُعيِّنْ: لا يُجبِره القاضي عليه، كما قال: (لكن لا جَبْر على بيانه).

(و)الثانية: (في طلب المُحاسَبة بين المُدَّعي والمُدَّعى عليه)، أي: لو طلب المُدَّعى عليه من القاضي أن يأمُر المُدَّعي بإحضار دفتر الحِساب لينظُر فيه، فقال: المُدَّعي: لا أُحضِره، وطلب من القاضي أن يُحلِّفَه، إن أمَره بإحضاره: فحسَنٌ، (فإن امتنع: لا يُجبره).

(وهما)، أي: هاتان المسألتان، (في «الخانية»[٢]).

(و)الثالثة: (في التفريق بين الشُّهود)، كما تقدَّم.

(و)الرابعة: (في السُّؤال عن المكان والزمان)، «فلو سألَهما عنهما، فقالا: لا نعلَم، تُقبل؛ لأنهما لم يُكلَّفا به»، «بزازية»[٣]. وينبغي أن يُقيَّد بغيرِ حدِّ القذف، فإنه يسقُط بالتقادُم.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: المجتهد. هذا كذب محض؛ لأن الفروع الآتية لا تتوقف على اجتهاد، بل على حسن الرأي، وإن كان غير مجتهد).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، بداية باب الدعوى (٢/ ٣٦٧)، وباب اليمين (٢/ ٤٢٥).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الجنس الرابع في اختلافهما، نوع في اختلافهما (٥/ ٢٨٨).

(و)الخامسة: (في تحليف الشاهد، إن رآه) القاضي: (جاز، كما في «الصيرفية»)، وسيأتي الكلام فيه.

(و)السادسة: (فيما إذا باع الأبُ أو الوصيُّ عقارَ اليتيم، فالرأيُ إلى القاضي في نَقْضِه) إذا رأى مصلحةً، وإن كان الأبُ أو الوصيُّ مُصلِحًا، (كما في بيوع «الخانية»[1]).

(و)السابعة: (في مُدَّة حَبْس المديون)، على الصحيح، كما مرَّ.

(و)الثامنة: (في تقييد المحبوس إذا خِيفَ فِرارُه)؛ فإنَّ الرأيَ فيه للقاضي، وأطلَقه في «المنتقى» ولم يُقيِّدْه برأيه، قال: «يُقيَّد المديونُ إذا خِيف الفرارُ»، انتهى، فيُحمل على المُقيَّد هنا. وفي «الأجناس»: «قال محمد: يُؤدَّب [بالسَّوط] حتى ينتهيَ عن ذلك»[2].

فرعٌ: «حبَست المرأةُ زوجَها بالمهر أو بدَينٍ آخَرَ، فإنْ قال الزوجُ: احبسها معي، لا يُجيبه»، «ولوالجية»[3]. وفي «الذخيرة»: «اختار بعضُ القُضاة حَبْسَها لفساد الزمان، فإنها إذا لم تُحبَس معه: تَذهب إلى حيث تريد»[4].

(و)التاسعة: (في حَبْس المديون في حَبْس القاضي أو اللُّصوصِ إذا خيف

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب في بيع غير المالك (٢/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦).

(٢) «الأجناس»، آخر كتاب أدب القاضي (٢/ ١٧٩).

(٣) وعبارته: «احبسها معي؛ فإن لي موضعا خاليا في السجن، فإني أريد أن تكون معي: لم تحبس له، لكنها تصير في منزله، وتحبس له في بيت الزوج؛ لأن الحبس بسبب الدين لا يستحق بالنكاح». انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الثاني فيما يوجب الحبس والملازمة (٤/ ٣٨).

(٤) انظر: «المحيط البرهاني»، كتاب القضاء، الفصل الثالث والثلاثون في المتفرقات (١٣/ ١١٦). وليس في المطبوع من «الذخيرة البرهانية» كتاب القضاء.

فِـرارُه)، فـإن الـرأي فيه إلـى القاضي، (كما فـي «جامـع الفصولين»[(١)]).

(و)العاشرة: (في سُؤال الشاهد عن الإيمان إذا اتَّهمَه)، بأن قال المُدَّعي: هو كافر، فإذا شهِد بوَحدانيَّة الله تعالى وبرسالة محمد ﷺ: تُقبل، «أو قال: أنا مسلمٌ ولستُ بكافر: فالرأيُ للقاضي في ذلك، لكن إذا اتَّهمه، وإن كان يتوصَّل بذلك إلى مَن يقول بتكفير العوامِّ: فلا»، «بيري»[(٢)].

(و)الحادية عاشرة: (فيما إذا تصرَّف الناظرُ بما لا يجوز، كبيع الوقفِ أو رَهْنِه: فالرأيُ للقاضي، إن شاء عزَله، وإن شاء ضمَّ إليه ثقةً)، وإبقاؤه وحدَه لا يجوز؛ لظُهور الخيانة. وفي «أوقاف الناصحي»: المُتولِّي إذا آجَر بما لا يُتغابَن فيه، أو ممَّن يُخاف منه على الوقف: فسَخ القاضي العقدَ، وأخرَجه عن الولاية إن لم يكن مأمونًا، وإن كان سَهْوًا منه: فسَخ العقدَ وأقرَّه على الولاية.

(بخلاف العاجز، فإنه) لا يَعزِله، ولكن (يضُمُّ إليه ثقةً، كما في «القنية»). لكن «في «الولوالجية»: الوصيُّ إذا عجَز عن القيام بأمرِ الميِّت: للقاضي عزلُه كيلا يضيع ماله، وفي محلٍّ آخر: لو عرف عَجْزَه أو كثرةَ أشغالِه: أخرَجه؛ لأن بقاءَه مَضرَّةٌ»، «بيري»[(٣)]. فإذا عُرف الحكمُ في الوصيِّ فكذا الناظرُ؛ لأنه مِثلُه.

ويُزاد على ذلك مسائلُ، منها:

لو ادَّعى الوارثُ أن أباه أقرَّ بقبضِ المبيع، أو الثمرة، أو دَينٍ، أو عين، أو قال:

---

(١) قال في «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٩): «يقيد المديون لو خيف فراره، أو يحول من السجن إلى سجن اللصوص». قال البيري: «فهذا ترى كما مطلق، لم يقيد بما إذا رآه القاضي». انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٣٥ ـ ١٣٦).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٣٦).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٣٧).

ذا لزَيدٍ، ثم قال: هو لي، ثم ادَّعى أنه كان كاذبًا، وكذا في كلِّ إقرار زعَم الكذبَ أو الهزلَ فيه. قال الصدرُ الشهيد: الرأيُ في التحليف للقاضي، وفسَّره في «الفتح» بأن «يجتهد في خُصوص الوقائع، فإن غلب على ظنِّه أنه لم يقبِض [حين أقرَّ وأشهَد]: يُحلَّف له الخصم، وإلا فلا»(١)، انتهى.

وما إذا أراد الوارثُ أو الغُرماء أخذَ المالِ: لا يُدفع إليهم حتى يغلِب على ظنِّ القاضي عدمُ مُستحِّقٍ، وقدرُ مُدَّته مُفوَّضٌ إليه، وقدَّره الطحاويُّ بحَوْلٍ. والمراد بالتأنِّي: تأخيرُ القضاء إليه.

وفي الأشياء السِّتَّة(٢) ـ على ما اختاره المُتأخِّرون ـ أنَّ القاضي ينظُر في حال المُدَّعى عليه، فإن رآه مُتعنِّتًا: يُحلِّفه؛ أخذًا بقولهما، وإن رآه مظلومًا: لا يُحلِّفه؛ أخذًا بقول الإمام.

وفي أنَّ «ما [لا] يُحصى في الوقف مُفوَّضٌ إلى رأيه، **وعليه الفتوى**»، كما في «الإسعاف»(٣).

وفي قدر مُدَّة ظُهور توبة الفاسق على **الصحيح**، كما في «الخانية»(٤).

وفي التوكيل بالخُصومة بلا رضا الخصمِ: لا يجوز عند الإمام، ويجوز عندهما، والرأيُ للقاضي، «خانية»(٥).

---

(١) «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، مسائل شتى من كتاب القضاء (٧/ ٣٣٤).

(٢) أي: المراد بالتأني في الأشياء الستة.

(٣) انظر: «الإسعاف في أحكام الأوقاف»، باب في ألفاظ الوقف وأهله، فصل في بيان ما يتوقف جواز الوقف عليه (ص ١٤).

(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل فيمن لا تقبل شهادته لفسقه (٢/ ٤٦١).

(٥) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالخصومة (٣/ ٧).

وفيما إذا تزوَّجها في مصر، فأوفَاها المُعجَّلَ وأراد نقلَها لبلدٍ بينهما مَسافةُ قصرٍ: فيه اختلافُ المشايخ، والرأيُ للقاضي، كما في «أنفع الوسائل»(١).

وفيما إذا باع عقارًا بحضرة بعضِ أقاربه، فسكَت حالةَ البيع، ثم ادَّعى ملكيَّتَه: لا تُسمع، وهو قولُ مشايخ سمرقند، وقال مشايخُ بلخ: الرأيُ للقاضي، «خانية»(٢).

وفيما إذا مسَّت الضرورةُ إلى التحليف بالطلاق والعتاق، والرأيُ فيه للقاضي، «خزانة المفتين» و«مُنية المفتي»(٣).

وفي التحليف على السبب يُحلِّفه عليه، أو على الحاصل على رأي فخر الإسلام البَزدوي، وينبغي أن يُفوَّض إلى رأي القاضي، إن رأى المصلحةَ في التحليف على السبب: يُحلِّفه عليه، أو على الحاصل حلَّفه عليه، «عمادية».

وفيما لو عُدِّل الشاهدُ في حادثة عند القاضي، ثم شهد عنده في حادثة أُخرى، فلو قرُب العهدُ: لا يَستقبِل تعديلَه، وإلا استقبَل، و**الصحيح** في قُرب العهد قولان، أحدهما: ستَّة أشهر، والثاني: مُفوَّضٌ إلى رأي القاضي، و**الفتوى** على عدم التوقيت، وهو قولُ محمد، «خلاصة»(٤).

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، مسألة السفر بالزوجة إلى بلد آخر، تحرير المسألة (ص ١٠٠ ـ ١٠١).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الاستحقاق ودعوى الحرية (٢/ ٢٢٨)، وفصل في الإقالة والاستحقاق (٢/ ٢٧٤).

(٣) قال في «منية المفتي» (ص ٢١٨): «وفي «قاضي خان»: وإن أراد تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية: لا يجيبه القاضي إلى ذلك؛ لأن التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام، وبعضهم جوز ذلك في زماننا، والصحيح ظاهر الرواية».

(٤) كذا في «غمز العيون» (٢/ ٣٧٣). والذي في «خلاصة الفتاوى»، الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام، الجنس الخامس في التعريف والعدالة (٤/ ١٥): «لو شهد رجل عند القاضي في حادثة، ثم شهد في حادثة أخرى، وقد عدل في الحادثة الأولى، إن كان بين الحادثتين منذ ستة أشهر: يسأل، وإن كان أقل لا، وقيل: سنة».

وفيما إذا سعى إنسانٌ إلى سُلطان في حقِّ شخصٍ حتى غرَّمه مالا: يُروى عن بعض علمائنا أنهم كانوا يُفتون بأن الساعي يضمَن، وبعضُهم فرَّق بين ما إذا كان السُّلطانُ معروفًا بأن يُغرِّم مَن سُعي به إليه: فإنه يضمن، وإن لم يكن معروفًا بذلك: لا يضمن، ونحن لا نُفتي به؛ فإن هذا خلافُ أصولِ أصحابنا، فإن السعيَ سببٌ محضٌ، فإن السلطان يُغرِّمه اختيارًا، ولكن إذا رأى القاضي تضمينَ الساعي: له ذلك؛ لأن الموضع موضعُ اجتهاد، فوُكِل الأمرُ إليه.

وفي أن رجوع العمل في بعض شُروط الواقِفين إلى رأي القاضي، لا إلى ما شرَطه الواقفُ، كما أفاده ابنُ الشحنة في وقفٍ شرَط واقفُه أن لا يُستبدَل، ولو أشرَف وقفُه على التَّلَف، وقد تقدَّم.

[قاعدة: من سعَى في نَقْضِ ما تمَّ من جهته فسَعْيُه مردودٌ عليه]

(مَن سعَى في نَقْضِ ما تمَّ من جهته: فسَعْيُه مردودٌ عليه)، أي: لا يُعتبَر سَعْيُه في النقض. ولهذا الأصل فروعٌ كثيرةٌ:

منها: لو رهَن شيئًا، ثم أقرَّ به لغيره: فإنه لا يُصدَّق في حقِّ المرتهن، ويُؤمر بقضاء الدَّين وردِّه إلى المُقَرِّ له، كما في رَهْن المُستعار، «قنية».

ومنها: «باع، ثم ادَّعى أنه لغيره باعَه بغيرِ أمره: لا يُسمع، ولو أقام البيِّنةَ على إقرار المشتري أنه باعَه بغير أمره: لا يُقبل، ولو أراد أن يُحلِّفه على ذلك: ليس له»، «خلاصة»(١).

ومنها: رجلٌ عنده مملوكٌ، فقال لرجل: بعتُكَه قبلَ أن أَملِكَه، لا أُصدِّقُه وأُلزمه

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في الاختلاف (٣/ ٨٦). وانظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٤٩)، و«عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٣٨).

البيعَ، بخلاف الطلاق والعتاق، «خزانة الأكمل»، فإنه إذا أقرَّ بالطلاق، ثم ادَّعى أنه قبل أن تصير زوجتَه: تُقبل، وكذا لو ادعى تقدُّم العتق على تملُّكه: يُصدَّق. ولو قال: بِعْني هذا العبدَ لفلان، فباعه، ثم أنكر أن يكون فلان أمَرَه: فإن فلانًا يأخُذه، وإن قال فلان: لم آمُرْه، لم يأخُذْه، إلا أن يُسلِّمه المشتري له، فيكون بيعًا بالتعاطي، والعُهدة عليه[1].

[مُستثنَياتٌ من القاعدة السابقة]

(إلا في موضعَين):

الأوَّل: (اشترى عبدًا وقبَضه، ثم ادَّعى أن البائع باعَه قبله مِن فلان الغائبِ بكذا، وبرهَن: فإنه يُقبل) بُرهانُه؛ لأنه لما برهَن على البيع من الغائب قبل البيع منه: فقد أقامَها على إقرار البائع أنه ملكُ الغائب؛ لأن البيع إقرارٌ من البائع بانتقالِ الملكِ إلى المشتري.

الثاني: (وهَب جاريةً، واستولَدها الموهوبُ له، ثم ادَّعى الواهبُ أنه كان دبَّرها أو استولَدها، وبَرهن) الواهبُ على ذلك: (يُقبل) بُرهانُه، ويَستردُّها والعُقْر، كما في بيوع «الخلاصة»[2] و«البزازية»[3]؛ لأن التناقُض فيما هو من حقوق الحُرِّية، كالتدبير والاستيلاد: لا يمنع صحَّة الدعوى.

ونظَر فيه في «الفتح» بأنه «إنما قُبِل في الحُرِّيَّة للخَفاء، ولا خَفاء في التدبير والاستيلاد؛ لأنه لا يخفى على الفاعل فعلُ نفسِه، فيجب أن لا يُقبل تناقُضُه، ولا يُحكَم ببيِّنته»[4]، انتهى.

---

(١) الكل في «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٣٧ ـ ١٣٨).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في الاختلاف (٣/ ٨٦).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في اختلاف البائع والمشتري (٤/ ٤٩٣).

(٤) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق، فصل في بيع الفضولي (٧/ ٦٦).

وأُجيب بأنه إنما قُبِل وإن كان مُتناقِضًا: حملًا له على أنه فعَل ذلك وندِم وتابَ، فأقرَّ بتدبيره واستيلاده، فيُقبل؛ لأنه خرج عن المعصية، بخلاف التناقُض في دعوى الملك، فإنه غيرُ مسموع.

(كذا في بيوع «الخلاصة»[١] و«البزازية»[٢]).

فقوله: (وفي «فتح القدير» نقلا عن المشايخ: يُغتفَر التناقُض في الحُرِّيَّة وفروعِها[٣]، انتهى)، فيه ما عرَفت من النظر.

(وظاهرُه)، أي: كلام «الفتح»، حيث لم يُقيِّدْ التناقُضَ بالهبة وغيرها، (أن البائع إذا ادَّعى التدبيرَ أو الاستيلادَ) قبلَ البيع: (تُسمع) بيِّنتُه، ولا يكون تناقُضًا، «ويُحلَّف المشتري على عدم علمه إن لم يكن للبائع بيِّنةٌ»، كما في «البزازية»[٤]. وهذا الظاهر منقولٌ عن «الملتقطات».

وفي «المنية»: «باع جاريةً، فولَدت لأقلَّ من ستَّة أشهُر من وقت الشِّراء، فادَّعاه البائعُ وقال: عِلمتُ وقتَ البيع أنها حمَلَتْه منِّي لكن بِعْتُها لضرورةٍ، تصِحُّ دِعوتُه نظرًا للولد»، انتهى. وهل يُعزَّر؟ قال البيري: «لم أرَه، وهي واقعةُ الفتوى في [بيع] الوقف»[٥].

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في الاختلاف (٣/ ٨٦).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في اختلاف البائع والمشتري (٤/ ٤٩٣).

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق، فصل في بيع الفضولي (٧/ ٦٦).

(٤) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصام والتناقض، نوع في التناقض (٥/ ٣١٩).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٤٠).

إذا علِمت ذلك: (فالهبة في كلام الفتاوى): «الخلاصة»[١] و«البزَّازيَّة»[٢] (مثالٌ)، والمثالُ لا يُخصَّص، (وفي دعوى «البزَّازية» سَوَّى) في قبول البيِّنة وسَماع الدعوى (بين دعوى البائعِ التدبيرَ والعِتقَ، وذكر خلافًا فيهما) حيث قال: «وذكر القاضي: باع، ثم ادَّعى أنه دبَّره أو أعتقه: لا يُسمَع، ولو ادعى أنه خُلِق من مائه: تُسمع، ويثبُت النسبُ، ويبطُل البيعُ»[٣]، انتهى.

(وزدتُ عليها)، أي: على هذه المُستثنَيات، (مسائلَ):

(الأُولى: باعَه)، أي: العبد أو الأمة، (ثم ادَّعى أنه كان أعتَقه: تُسمع) بيِّنتُه، وهي المسألة المُتقدِّمة.

(الثانية: اشترى أرضًا، ثم ادَّعى أن بائعَها كان جعَلها مَقبرةً أو مسجدًا): تُسمع دعواه، وتُقبل بينته.

(الثالثة: اشترى عبدًا، ثم ادَّعى أن البائعَ كان أعتَقه): تُقبل دعواه وبيِّنتُه، وإن عجَز عن البيِّنة: تقتصِر دعواه عليه، ولا تتعدَّى إلى البائع، وولاؤُه موقوفٌ، فإن أقام بيِّنةً يرجِع بالثمن على البائع، وولاؤه للبائع، وقالا: لا تُقبل بيِّنةُ المشتري على البائع بعد الشراء.

(الرابعة: باع أرضًا، ثم ادَّعى أنها وقفٌ): فإنه تُقبل دعواه وبيِّنتُه، (وهي)، أي: هذه المسألة، (في بيوع «قاضي خان» وقضائها).

والذي في البيوع في باب الاستحقاق: «باع دارًا أو عقارًا، ثم ادَّعى أنه باعها

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في الاختلاف (٣/ ٨٦).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في اختلاف البائع والمشتري (٤/ ٤٩٣).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الحادي عشر في دعوى الرق والحرية (٥/ ٣٦٢).

بعد ما وقَفها: اختلَف المشايخُ فيه، والأصحُّ أنه لا تُسمع دعواه، [كما لو ادَّعى أنه باعَه وهو لغيره]، بخلاف ما لو باع عبدًا، ثم ادَّعى أنه حُرٌّ، أو ادَّعى أنه أعتقه ثم باعه: تُسمع دعواه»[١]، انتهى.

ومثلُه في باب الربا[٢]، إلا أنه زاد التعليلَ بقوله: «لأن الوقف لا يُزيل الملكَ، ولا يخرُج من أن يكون مَحلًّا للبيع. أما الحُرُّ، فليس بمحلٍّ للبيع، وثمنُه[٣] لا يُملك[٤]»[٥]، انتهى.

وذكَر في كتاب الوقف ما يُخالفه، قال فيه: «باع أرضًا، ثم ادَّعى أنه كان وقَفها قبل البيع، فأراد تحليفَ المُدَّعى عليه: ليس له ذلك؛ لأن التحليفَ يعتمِد صحَّةَ الدعوى، ودعواه لم تصِحَّ لمكان التناقُض. وإن أقام البيِّنة على ما ادعى اختلفوا فيه، قال بعضُهم: لا تُقبل بيِّنتُه لأنه مُتناقِض، وقال الفقيه أبو جعفر[٦]: تُقبل؛ لعدم اشتراطِ الدعوى لقبول البيِّنة على الوقف؛ لأن الوقف حقُّ الله، وهو التصدُّق بالغلَّة، فلا يُشتَرط فيه الدعوى، كالشهادة على الطلاق وعِتقِ الأمَة، قال مولانا: وينبغي أن يكون الجوابُ على التفصيل: إن كان الوقفُ على أقوام بأعيانِهم: لا تُقبل البيِّنةُ بدون الدعوى عند الكل، وإن كان الوقفُ على الفقراء، أو على المسجد: على قول الإمامَين تُقبل البيِّنةُ بدون الدعوى عليه، وعلى قول الإمام: لا تُقبل»[٧]، انتهى.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الاستحقاق ودعوى الحرية (٢/ ٢٢٨).

(٢) ليس فيه، وإنما قُبَيل: باب في بيع مال الربا بعضه ببعض.

(٣) في النسخ: (ولهذا)، والمثبت من «الخانية».

(٤) فكان المشتري مدعيا دينا على البائع، «الخانية».

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الإقالة والاستحقاق (٢/ ٢٧٤).

(٦) في النسخ: (حفص)، والمثبت من «الخانية».

(٧) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في دعوى الوقف والشهادة عليه (٣/ ٣٣٩).

وفي «الزيلعي»: «باعَ ضيعةً، ثم ادَّعى أنها وقفٌ عليه وعلى أولاده: لا تُسمع الدعوى للتناقُض[١]، وإن أقام البيِّنة على ذلك: قيل: تُقبل؛ لأن الشهادة على الوقف تُقبل بدون الدعوى؛ لأنها من باب الحِسبة[٢]، وقيل: لا تُقبل، وهو أصوبُ وأحوطُ[٣]»[٤]، انتهى.

واعتمد في «خزانة الأكمل» القبولَ، قال: «**وبه نأخُذ**»[٥].

واعتمد الكمالُ، والمصنِّفُ في «البحر»، وتبِعهما في «التنوير» أنه إذا باع عقارًا، ثم برهن أنه وقفٌ محكومٌ بلُزومه: تُقبل بيِّنتُه، وإلا لا؛ لأنَّ مُجرَّد الوقف لا يُزيل الملك، بخلاف الإعتاق[٦].

وهذا التفصيل نقَله العمادي مُعزِيًا إلى «فتاوى رشيد الدين»، ونقَل قبله خلافًا في قبول البيِّنة، قال: وإلى القبول مال الصدر الشهيد، وقال الفقيه: قال بعض الناس: لا تقبل، ولكن لا نأخذ به.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: «تُقبل البيِّنةُ وإن لم تصِحَّ الدَّعوى، **وهو المختار**»[٧].

---

(١) لأن إقدامه على البيع إقرار منه، وإن أراد تحليف المدعى عليه: ليس له ذلك، «زيلعي».

(٢) فإذا قبلت: انتقض البيع، «زيلعي».

(٣) لأنه بإقامة البينة أن الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقا لنفسه، فلا تسمع للتناقض، «زيلعي».

(٤) «تبيين الحقائق»، مسائل شتى، باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه (٦/ ٢٢٣).

(٥) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، من فتاوى الفقيه، دعوى (٤/ ٤٩٠).

(٦) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق، قبيل فصل في بيع الفضولي (٧/ ٥٠)، و«البحر الرائق»، كتاب البيع، باب الاستحقاق (٦/ ١٥٨)، و«تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (ص ٤٣٥).

(٧) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، الفصل السابع في الدعوى والشهادة (٤/ ٤٣٢). والذي في =

قال في «المنح»: «وينبغي أن يعتمد على ما صححه الشيخ الكمال والمُصنِّفُ من التفصيل»، انتهى.

وإليه أشار بقوله: (وفصَّل في «فتح القدير» فيه في آخر بابِ الاسحقاق، فليُنظَر فيه)، وقد علِمته.

(وفصَّل في «الظهيرية» فيه تفصيلا آخَرَ ورجَّحه)، وهو ما نقلنا من عبارة «قاضي خان» في كتاب الوقف.

(وظاهر ما في «العمادية» أن المُعتمَد القبولُ مطلقًا)، أي: سواء كان الوقفُ على قوم بأعيانِهم أو على مسجد، سواء كان محكومًا بلُزومه أو لا، ومثلُه في «الخلاطي»، لكن نقل قبل ذلك عن السرخسي أن **المُختارَ** أنه لو ادَّعى أنها وقفٌ محكومٌ بلُزومه: تُقبل؛ لأنه بمنزلة العتق، انتهى.

(الخامسة: باع الأبُ مالَ ولدِه، ثم ادَّعى الأبُ أنَّه)، أي: البيع، (وقَع بغَبْنٍ فاحشٍ): تُقبل بيِّنتُه. قال التمرتاشي في «شرح الجامع»: هذا جواب البُخارِيِّين، وحمَله النسفيُّ على ما إذا أطلَق البيعَ ووقَف في الدعوى، بأن قال: بِعْتُه ولم أعلَمْ بالغَبْن، أو قال: علِمتُ ولم أعلَمْ جوازَه.

وفي «عمدة الفتاوى»: الأبُ إذا باع عقارَ الصغير بغَبْن فاحشٍ: لا يجوز، إلا إذا أقرَّ بأنه باعَه بثمنِ مثلِه، وكتب ذلك في الصكِّ، قال التمرتاشي: وهو جواب النسفي، لكن في «خزانة المُفتين» أنه لا تُسمع في هذه المسألة دعوى الغَبْن الفاحش من غير ذكرِ خلافٍ.

= «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل السابع في الدعوى والشهادة (٦/ ٢٨٢): «ادعى أرضا بعد بيعها أنها وقف، أو وقف عليه: لا يقبل، ولا يحلف؛ للتناقض، ولو برهن على أنها وقف: يقبل، لا لصحة الدعوى، بل لأن البرهان يقبل عليه بلا دعوى، كشهادة على عتق الأمة في المختار».

ولـو اختلـف الوصيُّ مـع الصغير بعـد بُلوغه في البيـع بالغَبْن والعـدل، فقال الوصـيُّ: بالعـدل، والصبـيُّ: بالغَبْـن، فالقـولُ للوصـيِّ، والبيِّنـةُ للصبـيِّ، وكذا لو اختلـف مع المشـتري.

(السادسة: الوصيُّ إذا باع شيئًا) من مال اليتيم، (ثم ادَّعى كذلك)، أي: الغبن الفاحش، وأقام بيِّنةً: تُقبل بيِّنتُه. قال في «القنية»: «الوصيُّ إذا باع عقارَ الصغير، فقال ذو اليد: باعَه مِنِّي وصيُّ القاضي قبلك بثمنِ المثل لحاجته إلى قضاء الدَّين، فقال الوصيُّ: نعم؛ لكنَّ البيعَ وقع باطلا لأنه بغَبْن فاحش، أو ترَك الميِّتُ منقولا يَفي بالدَّين، فلم يكن بيعُ العقار مُحتاجًا إليه، وأقام بيِّنةً: تُسمع»، انتهى.

وفي «الخانية»: «لو باع الوصيُّ، ثم طُلِب منه بأكثرَ من ذلك، فإنَّ القاضي يرجع إلى أهل البَصر، فإن أخبَره اثنان منهم أن قيمتَه ذلك، وأنه باعه بالقيمة: لا يَلتفت القاضي إلى مَن يزيد، وإن كان في المُزايَدة يُشتَرى بأكثرَ، وفي السوق بأقلَّ: لا ينقُض بيعَ الوصيِّ بتلك المُزايدة[١]، بل يرجع إلى أهل البصر والأمانة، فإن اجتمع رجلان على شيء يُؤخَذ بقولهما على قول محمد، وعندهما: يكفي قولُ واحدٍ، كما في التزكية ونحوها»[٢]، انتهى.

(السابعة: المُتولِّي على الوقف) إن آجَر مُستغلَّ الوقفِ كذلك، ثم ادَّعى الغَبْن الفاحش (كذلك): تُقبل بيِّنتُه، فلو آجَر ثم طُلب منه بأكثرَ: فالحكمُ ما تقدَّم في بيع الوصيِّ، كما في «الخانية».

(وذكَـر هـذه الثـلاثَ) مسـائلَ، يعنـي: الخامسـةَ، والسادسـة، والسـابعة، (في

(١) كذا في النسخ. وفي «الخانية»: (لأجل تلك الزيادة).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوصايا، فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم (٣/ ٥٣١).

دعـوى «القنيـة»). قال فيهـا: ادَّعى عليه محـدودًا في يده إرثًـا من أبيه، وأقـام ذو اليدِ بيِّنـةً أنـه اشـتراه من وصيِّه بمثلِ القيمـة، وأقام المُدَّعـي البيِّنة أن القيمـة زائدةٌ على ما أثبتَـه ذو اليـد: فقبـولُ البيِّنة المُثبِتـة للزيادة أولـى، ثم قال: وقـال كثيرٌ منهـم: المُثبِتة لقلَّة الزيـادة أَولى.

وفي «العمادية»: «لو ادَّعى الابنُ بعد البلوغ أن والدِي باع تلك في حال صِغَري بغبنٍ فاحشٍ، بأن[1] كانت قيمتُه يومَ باعَه مائةً، وقد باعَه منك بخمسين، فخُذْ الخمسينَ ورُدَّ علي مِلكي، وقال: لا، بل كانت قيمتُه خمسين: فإنه يُحكَّم الحال، إذا لم تكن المُدَّةُ قدرَ ما يتغيَّر فيها الأسعارُ، فإن كانت المُدَّة تتبدَّل فيها الأسعارُ: فالقولُ قولُ المشتري، وإن أقاما البيِّنة: فالبيِّنةُ المُثبِتةُ أَولى»، انتهى.

وفي «شرح الوهبانية» لابن الشحنة ما ينبغي مُراجَعتُه[2].

(ثم قال في «القنية»: وكذا كلُّ مَن باع، ثم ادَّعى الفسادَ): فإنه تُقبل بيِّنتُه، أي: إذا ادَّعى، فلا يُنافيه ما في «الجامع الصغير»: «باع عبدَ الغير، ثم زعَم البائعُ أو المشتري أنه باع بغير إذنِ المالك: لا تُسمع»[3]، انتهى.

(وشرَط العماديُّ) لقبول البيِّنة وسَماع الدعوى: (التوفيق، بأنه)، أي: البائع يقول عند الدعوى، (لم يكن عالمًا به)، أي: بالفساد، (وذكر فيها)، أي: في هذه المسألة، (خلافًا في القبول) وعدمه.

---

(١) في (خ): (فإن).

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الدعوى (٢/ ١٥ ـ ١٦).

(٣) عبارة «الجامع الصغير»، كتاب البيوع، باب في الرجل يغصب شيئا فيبيعه (ص ١٨٢): «رجل باع عبد رجل بغير أمره، فأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع، وأراد رد البيع: لم تقبل بينته، وإن أقر البائع بذلك: بطل البيع إن طلب المشتري ذلك».

[فروعُ القاعدة السابقة]

(ومن فروع أصلِ المسألة)، وهي: مَن سعى في نقضِ ما تمَّ من جهته فسَعْيُه مردودٌ عليه، (لو ادَّعى البائعُ أنه فُضوليٌّ: لم تُقبل) دعواه؛ لسَعْيِه في نقضِ ما تمَّ من جهته.

(ومنها)، أي: الفروع، (لو ضمِن الدَّرَكَ)، أي: الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع، (ثم ادَّعى المبيعَ: لم تُقبل) دعواه لما ذُكر.

[فائدة: لا يُشتَرط في صحَّة الدعوى بيانُ السبب، إلا في دعوى العَين]

(لا يُشتَرط في صحَّة الدعوى بيان السبب)، أي: سبب الوجوب لبيعٍ وقرضٍ وبدلِ مهر، (إلا في دعوى العَين، كما في «البزازية»[1])، فإن وقعت في دعوى الدَّين: لا يُشترط بيانُ السبب.

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الثالث في دعوى الغلام والجارية والعروض وغيره (٥/ ٣٤٢ـ ٣٤٤).

قال الحموي (٢/ ٣٧٨ ـ ٣٧٩): «الذي في «البزازية» [٥/ ٣٢٠] في نوع في التناقض من الفصل الأول من كتاب الدعوى، ما نصه: واعلم أن مشايخ فرغانة ذكروا أن الشرط في دعوى العقار في بلاد قدم بناؤها بيان السبب، ولا تسمع فيه دعوى الملك المطلق لوجوه، الأول: أن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل بسبب الخطة، ومعلوم أن صاحب الخطة في مثل تلك البلاد غير موجود، فيكون كذبا لا محالة، فكيف يقضى به. الثاني: أنه لما تعذر القضاء بالمطلق لما قلنا، فلا بد أن يقضي بالملك بسبب، وذلك إما سبب مجهول أو معلوم، والمجهول لا يمكن القضاء به للجهالة، والمعلوم لعدم تعيين المدعي إياه. والثالث: أن الاستحقاق لو فرض بسبب حادث يجوز أن يكون ذلك السبب شراء ذي اليد من آخر، ثم يجوز أن يكون السبب سابقا على تملك ذي اليد، فيمنع الرجوع، ويجوز أن يكون لاحقا، فلا يمنع الرجوع، فيشتبه. وكل هذه الموانع غير متحققة في المنقول لعدم المانع في الحمل على التملك من الأصل، انتهى. =

وفي «التنوير» و«شرحه»: «لا بدَّ في دعوى المِثليَّات من بيان السبب، فلو ادعى كُرَّ بُرٍّ دينًا عليه، ولم يذكُر سببًا: لم تُسمع، وإذا ذكَر، ففي السَّلَم إنما له المطالبةُ في مكانٍ عيَّناه، وفي نحو قرضٍ وغصبٍ واستهلاكٍ: في مكانِ القرض ونحوه»(١).

وفي «البزازية»: «دعوى الكفالة لا تصحُّ بلا بيان السبب؛ لعدم جوازها بالدِّية»(٢)، ودعوى المرأةِ الدَّينَ على تركة زوجِها.

قال البيري: «لا تصحُّ إلا بذكر السبب لو ادَّعى لحمًا من الجنب، أو من محلٍّ آخر؛ لعدم جواز السَّلَم في اللحم، وكذا لا تصحُّ دعوى اللحم بسبب الاستهلاك عند بعض المشايخ؛ للاختلاف في كونه مُوجِبًا للقيمة أو المِثل.

وفي «مختصر الظهيرية»: لو ادَّعى الحنطةَ أو الشعير بالأمناء، وبيَّن أوصافَها: لا تصحُّ هذه الدعوى، وقيل: تصحُّ، و**المُختار** للفتوى: أن يُسأَلَ المُدَّعي عن دعواه، فإن ادَّعاه بسبب البيع أو السَّلَم: يُفتَى بالصحَّة»(٣)، انتهى.

وسيجيء من المُصنِّف أنه لا يلزم المُدَّعي بيانَ السبب إلا في المِثليَّات.

[فائدة: اليد لا تثبُت في العقار بالتصادق، بل بالبيِّنة أو علم القاضي]

(**اليد**)، أي: يد المُدَّعى عليه، (**لا تثبُت في العقار**) بتصادُقهما، ولا تثبُت (**إلا**

= ومنه يعلم أن ما في نقل المصنف رحمه الله من الخلل من وجوه: الأول: أن البزازي لم يذكر هذا الاستثناء الذي ذكره المصنف. الثاني: أن البزازي عبر بالعقار، وهو أخص من العين. الثالث: أن البزازي نسب ذلك إلى مشايخ فرغانة، ولم يطلق. الرابع: أن مشايخ فرغانة قيدوا ذلك ببلاد قدم بناؤها، ولم يطلقوا، فتنبه».

(١) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الدعوى (ص ٥١٢).

(٢) وبدل الكتابة. انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الثامن في دعوى الكفالة (٥/ ٣٥٢).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٤٢).

بالبيِّنة) بأنه في يده، (أو علم القاضي) على القول بجوازِ القضاء به، والمُفتَى به خلافُه. وإنما اشتُرِط ذلك في دعوى العقار، لا المنقول، نفيًا لتُهمَة المُواضَعة؛ إذ العَقار عسَاه في يد غيرهما، بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه مُشاهَدة، فلو أنكَر أنه في يده[1]: يُحلَّف.

[استثناء: يكفي التصادُقُ في دعوى الغصب أو الشِّراء من واضِع اليد]

(ولا يكفِي التصادُقُ على اليد لصحَّة الدعوى)، أي: دعوى العقار؛ لاحتمال التواضُع في ذلك، (إلا في دعوى الغَصْب، كما في «القنية»).

(أو الشِّراء منه)، أي: من واضِع اليدِ المدلولِ عليه بوضع [اليد التزامًا][2]، فلو ادَّعى الشراءَ من فلان، وهو واضعُ اليد، وصدَّقه فلان على وضع اليدِ: يكفي تصادُقُهما[3]، (كما في «البزازية»).

قال فيها: إنما يحتاج إلى إثبات يدِ المُدَّعى عليه إذا ادَّعاه بالمِلك المُطلق. أما إذا ادَّعى الشراءَ منه، وإقرارَه بأنه في يده، فأنكر الشراءَ وأقرَّ بكونه في يده: لا يحتاج إلى إعادة البيِّنة على كونه في يده[4].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: فلو أنكر أنه في يده. قال أبو السعود عن «العمادية» نقلا عن «المحيط»: إنما تشترط شهادة الشهود أنه في يد المدعى عليه لتوجه الحكم واستماع البينة. أما لو أنكر من الابتداء أن يكون في يده: يحلف، انتهى، فتأمله).

(٢) ما بين المعقوفتين مستدرك من «غمز العيون».

(٣) ولا يحتاج إلى بينة، «غمز العيون» (٢/ ٣٧٩).

(٤) لم أجده في «البزازية». وفيها في كتاب الدعوى، آخر الفصل الخامس في دعوى الشراء والبيع (٥/ ٣٤٩): «في يد رجل دار يزعم إرثها عن أبيه، وادعى آخر بشرائها من أبيه في صحته، وبرهن على ذلك: يقبل، وإن لم يقولوا باعها وهو يملكها؛ لتصادقهما على كونها ملك البائع».

«والفرق: أن الدعوى كما تصِحُّ على ذي اليد، تصِحُّ على غيره أيضًا؛ لأنه يدَّعي عليه التمليك والتملُّك، وهو كما يتحقَّق من ذي اليد يتحقَّق من غيره أيضًا. أما دعوى الملك المطلق، فدعوى ترك التعرُّض بإزالة اليد، وطلبُ إزالتِها لا يُتصوَّر إلا من جانب ذي اليد، وبإقراره لا يثبُت كونُه ذا يدٍ؛ لاحتمال المواضعة»[1]، انتهى.

[فائدة: الشهادة إن وافَقت الدعوى قُبِلت، وإلا لا، إلا في مسائل]

(**الشهادة إن وافَقت الدَّعوى**)، ولو معنًى، كما في «العمادية»، لا لفظًا ومعنًى، كما قاله مسكين[2]، لمُخالفته سائرَ الكتب، (**قُبِلت**) الشهادةُ، (**وإلا**)، بأن لم تُوافِقْها معنًى: (**لا**) تُقبل؛ «لأن تقدُّم الدعوى شرطُ قبولِ الشهادة في حقوق العباد[3]، وذلك يثبُت إذا وافَقتها، بأن تُطابِقها، أو يكون المشهودُ به أقلَّ[4]، وتفقد إذا خالَفَتْها، ولو بكون المشهودِ به أكثرَ[5]، كما في «الفتح»[6].

فعُلم أن ما لا يُشترَط فيه الدعوى لا يُشترَط له المُوافَقة، كما سيأتي.

(**إلا في مسائلَ**)، فإنها تُقبل فيها مع المُخالفة:

الأُولى: (**ادَّعى دينًا بسببٍ**)، كقرضٍ أو إرثٍ أو شراءٍ، (**فشهِدا**) بالدَّين (**المُطلَق**):

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٤٣).

(٢) قال في «فتح المعين» (٣/ ٧٥): «أي: لفظا ومعنى عند أبي حنيفة، وعندهما معنى فقط».

(٣) لأنها لإثبات في حقه، فلا بد من طلبه، وهو الدعوى، «فتح القدير».

(٤) كما لو ادعى ملكا مطلقا، فشهدوا بالملك بسبب: تقبل؛ لأن الملك بسبب أقل من المطلق؛ لأنه يفيد الأولية، بخلاف الملك بسبب، فإنه يفيد الحدوث.

(٥) كما لو ادعى الملك بسبب، فشهدوا بالمطلق: لا تقبل، إلا إذا كان ذلك السبب الإرث؛ لأن دعوى الإرث كدعوى المطلق، «فتح القدير».

(٦) انظر: «فتح القدير»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة (٧/ ٤٣٣).

تُقبل[(١)] **على الصحيح**، «خانية»[(٢)]، (**فلو كان المشهودُ به أقلَّ من المُدَّعى به: تُقبل**)؛ للتوافُق في المعنى، وإلا لا.

والأصل: أن الشهادة بأكثرَ من المُدَّعَى باطلةٌ، بخلاف الأقلِّ؛ للاتفاق عليه، والمِلكُ المُطلقُ أزيدُ من المُقيَّد، إلا أن وفَّق، كأن يقول مثلا: كان لي ألفٌ وخمسُمائة كما شهِدا، فاستَوفَيتُ خمسَمائة ولم يَعلَما، ولا يحتاج إلى إثبات التوفيق ببيِّنةٍ، إلا إذا كان سببًا لا يَتِمُّ به مُنفرِدًا، كما لو ادَّعى ملكًا بشراءٍ، فشهِدا بالهبة: يحتاج لإثباته بالبيِّنة، كما في «الرمز».

الثانية: (**ادَّعى أنه تزوَّجَها**)، أي: أنها منكوحتُه بسبب التزوُّج، فأنكرت، (**فشهِدا أنها منكوحتُه**)، ولم يذكُرا أنه تزوَّجَها: تُقبل، ويُقضَى بمهر المثل إذا كان قدرَ المُسمَّى أو أقلَّ، فإن زاد على المُسمَّى: لا يُقضَى بالزيادة، كما في «الخلاصة»[(٣)].

الثالثة: (**ادَّعى مِلكًا مُطلقًا بلا تاريخ، فشهِدا به بتاريخ**)، أي: بالملك: تُقبل (**على المختار**)، وإن لم يُوفِّق، وقيل: لا تُقبل ما لم يُوفِّق، وفي عكسه لا تُقبل؛ لأن الشُّهود في الأوَّل شهِدوا بالأقلِّ، وفي الثاني بالأكثر.

الرابعة: (**ادَّعى إنشاءَ فعلٍ، كغصبٍ وقتلٍ، فشهِدا بالإقرار به**): تُقبل؛ لاتفاقهما معنًى؛ لأن في الإنشاء يقول: فعلتُ، وفي الإقرار: كنتُ فعلتُ، لم يمنع القبول.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: تقبل... إلخ. نقل أبو السعود بما نصه: «وفي «فتح القدير»: ادعى الدين بسبب القرض، فشهدا بالمطلق: لا تقبل. وفي «المحيط»: الوجه القبول؛ لأن أولية الدين لا معنى له، بخلاف العين، واعتمده المصنف، لكن هذا إنما يكون إذا كان المشهود به أقل من المدعى به، انتهى بحروفه).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب الدعوى (٢/ ٣٧٠).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثالث في الموافقة بين الدعوى والشهادة (٤/ ٧٢ ـ ٧٣).

الخامسة: (ادَّعى ألفًا كفالةً عن فلان، فشهِدا بها كفالةً عن) فلان (آخَرَ): تُقبل؛ لأنهما اتفقا على ما هو المقصودُ، فلا يضُرُّهما الاختلافُ في السبب[1]، «رمز».

السادسة: (ادَّعى ملكَ عينٍ بالشراء من رجل لم يُعيِّنْه، فشهِدا بـ)الشراء (المُطلَق) عن كونه من رجل: تُقبل؛ لأنه لا فائدة في هذا القيد.

السابعة: (ادَّعى ملكًا مطلقًا، فشهِدا بملكٍ بسببٍ) مُعيَّن، (وقال المُدَّعي: هو لي بذلك السبب): تُقبل، ويقضى بالملك بذلك السبب. ولو لم يقُلْ: هو لي بذلك السبب، بل بسبب آخر، لا يُقضَى بشيءٍ، «خلاصة»[2]. وظاهرُ كلامه أنه لو لم يقُلْ ذلك: لا تُقبل، فتأمَّل[3].

الثامنة: (ادَّعى الإيفاءَ، فشهِدا بالإبراء أو التحليل): تُقبل؛ لأنه ادَّعى براءةً مُقيَّدةً بالإيفاء، وشهِدا ببَراءةٍ مُطلَقة، فيُحمل على المُقيَّد، وهذا مخالفٌ للأصل المُتقدِّم. وقد تقدَّم أن بعضَهم شرَط في الشهادة بالأكثر التوفيقَ، وفي الأقلِّ لا.

وفي «الرمز»: إن هذه الشهادة في هذه الصورة تُقبل في البراءة دون القبض. ولو كان كفيلًا: لا يَبْرأ أصيلُه ولا يرجع، وفي عكسه، يعني: لو شهدا بالبَراءة، وادعى الإيفاءَ: يُسأل، إن قال به تُقبل، ولغيره لا؛ للزيادة، انتهى، «رمز».

التاسعة: (ادَّعى الهبةَ، فشهِدا بالصَّدقة) وأخواتها كالنحلة والعطية: تُقبل، (كما

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثالث في الموافقة بين الدعوى والشهادة، جنس آخر (٤/ ٧٤).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثالث في الموافقة بين الدعوى والشهادة (٤/ ٧٢).

(٣) في هامش (خ): (قوله: فتأمل. تأملنا، فوجدنا أن المصرح به أن الشهادة بالأقل مقبولة، فإذا لم يقل هذا القول يرجع لقولهم إذا شهدا بسبب، وادعى ملكا مطلقا: تقبل، انتهى، «بحراوي»).

في «التلخيص»)[٢]؛ لأنه يُعبَّر بها عنها، ولو بالعكس، بأن ادَّعى الصدقة، فشهِدا بالهبة: لا تُقبل.

(و)المسائل المذكورة (مما قبل) هذه الأخيرة (مأخوذة من «الخلاصة»[١] و«فتح القدير»[٢]. وقد ذكرنا في «الشرح» ثلاثةً وعشرين مسألةً، فلتراجع[٣]).

[مطلب: في قضاء القاضي بعلمِه في الحدود والقصاص والتعزير]

(الإمام[٤] يقضي بعلمِه في حدِّ القذف، والقِصاص، والتعزير، كذا في «السراجية»[٥]). قال العلائي في «شرحيه» بعد نقلِه ما هنا: «وهل الإمامُ قيدٌ أو لا؟ لم أرَه، فليُحرَّر»[٦].

(وفي «التهذيب»: يقضي القاضي بعلمِه[٧] إلا في الحُدود والقِصاص)، وظاهرُه أنه يقضي بعلمِه في التعزير، وسيأتي قريبًا أن المُفتى به: عدمُ صحَّة قضائه بعلمِه مطلقًا.

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثالث في الموافقة بين الدعوى والشهادة (٤/ ٧٢ـ٧٥).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة (٧/ ٤٣٣ ـ ٤٣٥).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة (٧/ ١٠٦).

(٤) في هامش (خ): (قوله: الإمام، ومثله القاضي على رأي المتقدمين، انتهى).

(٥) «الفتاوى السراجية»، كتاب القضاء، باب ما يجوز من القضاء (ص ٤٧٦). وفيها في (ص ٤٧٧): «القاضي إذا قضى بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى: لا يجوز».

(٦) «الدر المنتقى»، كتاب القضاء، آخر فصل: إذا شهدوا عند القاضي (٣/ ٢٣٤)، و«الدر المختار»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي (ص ٤٧٦).

(٧) في هامش (خ): (قوله: يقضي القاضي بعلمه، أي: على ما عليه المتقدمون).

[مطلب: في قضاء القاضي في حكمٍ مُجتهَد فيه]

(القاضي إذا قضَى في حكمٍ مُجتهَدٍ فيه) على قول أيِّ عالمٍ كان، بخلاف رأيه: (ينفُذ قضاؤُه) لو ناسيًا، وفي العمد روايتان، وعندهما: لا ينفُذ مطلقًا، وبه يُفتَى، كما في عامَّة المتون.

وهل يُشتَرط كونُ القاضي مُجتهِدًا، أو عالمًا بأنه مُجتهَد فيه؟ فيه كلامٌ مذكورٌ في «القهستاني»[1]. وفي «شرح الوهبانية»: إن هذا الخلاف في المُقلِّد[2].

وهذا الكلامُ قبل وُرود الأمرِ السُّلطاني على المنع. وأما الآن، فقد قيَّده السُّلطان بصحيح مذهبِه، فيتقيَّد بلا خلاف، كما أفاده الكمالُ وغيره، فلا حاجة للاستثناء المذكور بقوله:

(إلا في مسائلَ نصَّ أصحابُنا فيها على عدم النَّفاذ)، أي: نفاذ القضاءِ فيها بخلاف مذهبه:

الأُولى: (لو قضَى ببُطلان الحقِّ بمُضِيِّ المُدَّة) الطويلة تارِكًا الدعوى به: فإنه لا ينفُذ؛ فإن **الحُقوق لا تبطُل بالتقادُم**[3]. ولا يرد على ذلك ما في «المبسوط» من نصِّه

---

(١) قال في «جامع الرموز»، كتاب القضاء (٢/ ٤١٠): «لا يشترط كونه عالما بأنه مجتهد فيه، والصحيح أنه يشترط، كما في «الخلاصة»، ونحن نفتي بأنه لا يشترط، كما في «الصغرى»، وإلى أنه لا يشترط أن يكون القاضي مجتهدا، كما قال الخصاف، لكن ذكر الإمام السرخسي أنه قد اشترط، كما في «الخزانة»، وذكر في «الذخيرة» أن حكم القاضي في محل مجتهد فيه إنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهدا فيه وحكم عن اجتهاد، على رواية «السير الكبير»، وسيجيء أنه لا يقضي بما يخالف قول أصحابنا، وفي «الأنساب» عن أحمد بن حنبل: إذا كان في مسألة قول العلماء الثلاثة: لم يسع لأحد أن يخالفهم».

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، آخر كتاب أدب القاضي (١/ ٣٠٠ ـ ٣٠١).

(٣) في هامش (خ): (قد تقدم ذلك في قول المصنف: الحق لا يسقط بتقادم الزمان، فراجعه).

على عدم سَماع الدعوى بعد ثلاثٍ وثلاثين سنَة، وما قالوه من أنها لا تُسمع بعد خمسة عشر سنَةً للمنع السُّلطاني؛ لأن عدم السَّماع ليس بحُكمٍ بالإبطال.

(أو) قضى (بالتفريق) بين الزوجَين (للعَجْز عن النفقة)، حالَ كونِ الزوج (غائبًا): فإنه لا ينفُذ (على الصحيح، لا لو) قضى بالتفريق و(كان) الزوجُ (حاضرًا)، فإنه ينفُذ؛ قال في «البزازية»: «وإذا كان الزوجُ غائبًا، وبَرهَنت أنه عاجزٌ عن النفقة، وقضى شافعيٌّ بالتفريق: جاز عند مشايخ سمرقند؛ لأنه قضَى في فصلَين مُختلَفٍ فيهما، ومَحلٍّ مُجتهَدٍ فيه.

وقال ظهيرُ الدِّين المرغيناني: لا يجوز؛ لأن الحكم على الغائب إنما يجوز عند الشافعي، وينفُذ في إحدى الروايتين عند أبي حنيفة إذا ثبت المشهودُ به، وهنا لم يثبُت، وهو العجزُ عن النفقة؛ إذ المالُ غادٍ ورائحٌ، فمن الجائزِ أن يصيرَ الغائبُ غنيًّا، ولا يعلم الشاهدُ به لغَيبته، فالشاهدُ مُجازِفٌ في شهادته، فإذا علِم القاضي بذلك: لم يجُزْ قضاؤُه»[1]، انتهى.

فبهذا ظهَر أن عدم نفاذِ قضائه لاشتباهِ الدليل، وعدمِ الخلاف بين هذَين

---

(١) الذي في «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في علمه (٥/ ١٦٩): «وذكر القاضي ظهير الدين في مسألة العجز عن النفقة أن العجز متى ثبت بشهادة الشهود، فإن كان القاضي شافعيا: يحكم بتفريقه، وإن حنفيا: لا يقضي، إلا إذا اجتهد ووقع اجتهاده عليه، فإن قضى مخالفا لرأيه بلا اجتهاد: ففيه روايتان، وإن أمر شافعي المذهب، فقضى بالتفريق: ينفذ إذا لم يرتش الآمر والمأمور. وإن الزوج غائبا، وبرهنت على أنه عاجز عن النفقة، وقضى شافعي المذهب بالتفريق: جاز عن مشايخ سمرقند؛ لأنه قضى في فصلين مختلفين، والصحيح ما قدمناه في كتاب النكاح أنه لا ينفذ وإن أمضى هذا الحكم قاض آخر، والصحيح أنه لا ينفذ؛ لأنه مجازف في الدعوى والشهادة والقضاء. وفي «مجموع النوازل» في مسألة العجز عن الإنفاق: لو كتب القاضي إلى عالم يرى التفريق، ففرق بينهما: يصح».

الإمامَين، ومُقتضاه: أنه يجوز إذا كان حاضرًا؛ لعدم هذه العلَّة، وهو ما صرَّح به المُصنِّف، لكن قال الحموي: «إنه في الحاضر كذلك لا ينفذ[١]، وقد أوسَع الكلامَ على هذه المسألة في «الخانية»»[٢].

وحاصلُ ما فيها[٣] أن: «العجز عن الإنفاق لا يُوجب حقَّ الفرقة عندنا، فإن قضى به شافعيٌّ: نفَذ عند الكل، وإن قضى به حنفيٌّ: لا ينبغي له القضاءُ، فإن وقع منه: فعند أبي حنيفة في نفاذ قضائه روايتان، وكذا في كلِّ فصلٍ مجتهدٍ فيه، وكذا الحكم في كل مُقلِّدٍ كان مُجتهِدًا وقع عليه اجتهادُه: صح، وإن أمر المُقلَّد شافعيًّا ليحكُم، فإن كان غيرَ مأمورٍ بالاستخلاف، أو مأمورًا ولكن أخَذ منه شيئًا: لا ينفذ؛ لأن قضاء المُرتشِي فيما ارتشَى لا ينفُذ اتفاقًا، وإلا فإن فرَّق المأمور: جاز. وإن كان الزوجُ غائبًا، فإن كان حنفيًّا: فكما مرَّ، وإن شافعيًّا، وقامت البيِّنة لديه على العجز، وفرَّق: جاز عند مشايخ سمرقند؛ لأنه قضى في فصلين مجتهَدٍ فيهما، وقال ظهيرُ الدِّين: لا ينفُذ لما قدمنا، ثم قال: و**الصحيح** أنه لا ينفذ قضاؤُه، فإن رُفع إلى حنفي: لا يُنفذه»[٤].

---

(١) عبارة الحموي: «وهو خلاف الصحيح من الذهب».

(٢) «غمز العيون» (٢/ ٣٨١).

(٣) أي: «الخانية».

(٤) عبارة «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، باب النفقة (١/ ٤٣٧ ـ ٤٣٨): «العجز عن الإنفاق لا يوجب حق الفراق، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لها أن تطلب من القاضي أن يفرق بينهما، ويكون ذلك فسخًا. وعلى هذا الخلاف: إذا عجز عن إيفاء المهر المعجل قبل الدخول، فإن فرق القاضي بينهما، وهو شفعوي المذهب: نفذ قضاؤه؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه، ليس فيه نص ولا إجماع، فينفذ قضاؤه عند الكل، وإن كان القاضي حنفيًا: لا ينبغي أن يقضي بخلاف مذهبه، إلا إذا كان مجتهدا، ووقع اجتهاده على ذلك. وإن قضى مخالفًا لرأيه من غير اجتهاد: عن أبي حنيفة في نفاذ قضائه روايتان، وكذا في كل فصل مجتهد فيه. وإن لم يقض القاضي، ولكنه أمر شفعويًا ليقضي =

(أو) قضى (بصحَّة نكاحِ مَزْنيَّةِ أبيه أو ابنِه): فإنه لا ينفُذ قضاؤه عند أبي يوسف؛ للنصِّ على حُرمتِهما؛ قال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء: ٢٢]، والحكمُ بمُخالفِ النصِّ باطلٌ، وعند محمد: يصحُّ؛ لأن النصَّ ظاهرٌ، ويحتمل التأويلَ، والتأويلُ فيه شائعٌ، وهو مُجتهَدٌ فيه، وذلك مبنيٌّ على أن النكاح في الآية هل هو بمعنى الوطء أو العقد؟ وقد تقدَّم في فنِّ القواعد.

(أو) قضى (بصحَّة نكاحِ أُمِّ مَزْنيَّتِه، أو بنتِها).

(أو بنكاح المُتعة)، فإنه لا ينفُذ؛ لأنها منسوخةٌ بآية الطلاق، كما قالت عائشة رضي الله عنها، وبإجماع الصحابة، و**الصحيحُ** رجوعُ ابنِ عبَّاس عنها. ورُوي عن أبي يوسف جوازُ القضاء بها، وهكذا روى خالدٌ عن محمد عن أبي حنيفة، وأما

= بينهما في هذه الحادثة: إن لم يكن القاضي مأذونًا بالاستخلاف، أو كان مأذونًا إلا أن القاضي أو المأمور أخذ في ذلك شيئًا: لا ينفذ قضاؤه عند الكل؛ لأن قضاء القاضي فيما ارتشى باطلٌ عند الكل، وإن لم يأخذ شيئًا، ففرَّق المأمور: جاز تفريقه. وإن كان الزوج غائبًا، فرفعت المرأة الأمر إلى القاضي، وأقامت المرأة البينة على أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة، وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما، فإن كان القاضي حنفيًا: فقد ذكرنا، وإن كان شفعويًا، وفرق بينهما: قال مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى: جاز تفريقُه؛ لأنه قضى في فصلين للتفريق بسبب العجز عن النفقة، والقضاءِ على الغائب، وكل واحد منهما مجتهَد فيه، وعندنا: القضاء على الغائب لا يجوز، لكن لو قضى: ينفذ قضاؤه في أظهر الروايتين، فجاز التفريق. وقال الشيخ الإمام الأجل الاستاذ ظهير الدين رحمه الله تعالى: لا يصح هذا التفريق؛ لأن القضاء على الغائب إنما يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى، وينفذ في إحدى الروايتين عن أَبِي حنيفة رحمه الله تعالى إذا ثبت المشهود به، وههنا لم يثبت المشهود به عند القاضي، وهو العجز؛ لأن المال غادٍ ورائح، فعسى يصير الغائب غنيًا، ولا يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة، وكان الشاهد مجازفًا في هذه الشهادة، فإذا علم القاضي بذلك: لا يجوز قضاؤه».

لو قضى ببُطلان الأجل[1]: جاز قضاؤه؛ لأن زفر يقول: النكاحُ صحيحٌ واشتراطُ الأجلِ باطلٌ، وعن أبي يوسف: لا يجوز قضاؤه.

(أو) قضى (بسُقوط المهر بالتقادُم)، أي: تقادُم النكاح؛ بناءً على ما يقوله بعضُ الناس من أن التقادُم يُوجب سُقوطَه؛ لأنه إما بالإيفاء من الزوج، أو الإبراء من المرأة، فتَرْكُ المرأة الطلبَ في هذه المُدَّة دليلٌ عليه، فهذا قضاءٌ باطلٌ لمُخالفته الإجماع.

(أو) قضى (بعدم تأجيلِ العِنِّين)، فإنه لا ينفُذ؛ لمُخالفته الإجماعَ.

(أو) قضى (بعدم صحَّة الرَّجعة بلا رضاها)، فإنه لا ينفذ؛ لمُخالفته لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

(أو) قضى (بعدم وُقوع الطلاق الثلاث على الحُبْلى)؛ لمُخالفته السُّنَّة والإجماعَ، (أو) قضى (بعدم وقوعِها)، أي: الثلاث، (قبل الدُّخول، أو) قضى (بعدم الوُقوع) للطلاق (على الحائض، أو) قضى (بعدم وقوع ما زاد على الواحدة، أو) قضى (بعدم وقوع الثلاثِ بكلمةٍ واحدة، أو) قضى (بعدم وُقوعه)، أي: الطلاق، (على المَوطُوءة عقِبَه)، أي: في طُهْرٍ جامَعها فيه.

(أو) قضى (بنصفِ الجَهاز لمن طلَّقها قبل الوطءِ) بعد دفعِ (المهر والتجهيز)، أي: قضى بنصف الجَهاز لها ونصفِه له بدَلًا عن نصف المهر المُقدَّر لها بالنصِّ،

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ببطلان الأجل، مبني على أنه لا فرق بين الموقت والمتعة، وظاهر المتون الفرق بينهما، حيث عطف أحدهما على الآخر، وصرح المحقق ابن الهمام، وأقره من بعده بان المفتى به صحة النكاح المؤقت وبطلان الأجل، وبهذا يعلم ما في كلام الشارح، انتهى، شيخنا البحراوي).

وهو: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، أي: سمَّيتُم في العقد، والجَهاز ليس بمفروض، فهو مُخالفٌ للنصِّ.

(أو) قضى (بالشهادة بخطِّ أبيه)، قيل: صوابُه: على خطِّ أبيه[1]، وأُجيب بأن الشهادة بسبب خطِّ أبيه شهادةٌ على خطه، فالشهادةُ على هذا الخطِّ لا تصح، فلو قضى بها قاضٍ: لا ينفذ؛ لأنه قولٌ مهجورٌ مخالفٌ للمشهور، ولقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلۡحَقِّ وَهُمۡ يَعۡلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦].

(أو) قضى (في قسامة بقَتْلٍ)، يعني: لو وُجد قتيلٌ في محلَّةٍ، وادَّعى وليُّ القتيل أن فلانا قتَلَه: فإن للشافعي قولا في القديم في هذه الصورة أنه إذا كان بين المُدَّعى عليه والقتيل عَداوةٌ ظاهرةٌ، ولا تُعرف له عَداوةٌ على غير المُدَّعى عليه، وبين دخوله في المحلَّة ووجودِه قتيلا مُدَّةٌ قريبةٌ: فالقاضي يُحلِّف وليَّ القتيل على دعواه، فإذا حلَفَ: قضى له بالقِصاص، وهذا القضاء لا ينفذ؛ لمُخالفته السُّنَّة وإجماعَ الصحابة، وأوَّل من قضى به معاوية، وقد ردُّوا عليه، فلذا قال أبو يوسف: ينفذ قضاؤُه لكن للقاضي الثاني إبطالُه.

(أو) قضى (بالتفريق بين الزوجَين بشهادةِ المُرضِعة)، فإنه لا ينفُذ؛ لمُخالفته الكتابَ.

(أو) قضى (لولدِه) أو لوالدِه، أي: فرعِه وأصله، فإنه لا ينفُذ. ولو حكم بشهادة الولد لأبيه أو عكسه: فعند أبي يوسف: ينفذ قضاؤه، وعند محمد: لا؛ لاختلاف الصحابة فيها، ثم وقع الإجماعُ على عدم جوازها. فهل الإجماعُ المُتأخِّر يَرفَع الخلافَ السابق أو لا؟ عند محمد: نعم، وعند أبي يوسف: لا، فلذا قال كلٌّ بما قال.

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٨٢).

(أو رُفع إليه)، أي: للقاضي، (حكمُ صبيٍّ، أو عبدٍ، أو كافرٍ)، ولو غيرَ كتابيٍّ: فإنه لا يُنفذه، وليس له إلا الحكمُ ببُطلانه، ففيه إشارةٌ إلى أن الصورة المُتقدِّمة[١] في عدم نفاذ القضاء فيها[٢] ولو بعد القضاء بها، فلا يَرِدُ أن الكلام في نفاذِ قضاء القاضي في مُجتهَدٍ فيه، لا فيما رُفِع إليه، فتأمل.

(أو رُفع) إليه (الحكمُ بحَجْر السَّفيه): فإنه لا ينفذ، أي: يجوز له أن يُبطِله؛ لأن الحَجْر من القاضي إفتاءٌ، لا قضاءٌ؛ ألا يُرى أنه لم يوجد المَقضِيُّ عليه ولا له، كما في «المجتبى»، لكن لو رُفع لثالثٍ، وكانا قد حكَما به: قال في «تنوير الأذهان»: «ليس له نقضُه»[٣]، انتهى. وهذا مبنيٌّ على القولِ بعدم الحَجْر على الحُرّ. وأما على المُفتى به من قولهما من الحجر عليه، فلا.

(أو) قضى (بصحَّة بيعِ نصيبِ الساكت من قِنٍّ حرَّره أحدُهما)، أي: لو أعتق أحدُ الشريكَين نصيبَه: فلِلآخَر العتقُ، أو التدبيرُ، أو الاستسعاءُ للعبد، والولاءُ لهما، أو تضمينُ المُعتِق لو مُوسِرًا، ويرجع به على العبد، والولاءُ كلُّه له، وقالا: ليس للآخر إلا الضمانُ مع اليسار والسِّعاية مع الإعسار، ولا يرجع على العبد لو ضمِن،

---

(١) قوله: (الصورة المتقدمة)، اسم «أن».

(٢) قوله: (في عدم نفاذ القضاء فيها)، خبر «أن».

(٣) قال في «تنوير الأذهان» (ل/ ١٤١/ أ): «وفي «نوادر ابن سماعة»: عن محمد في قاض حجر على مستحق للحجر للفساد، فرفع ذلك إلى قاض آخر، فأبطل الحجر وأجاز البيع: جاز قضاؤه وبطل الحجر؛ لأن نفس القضاء بالحجر مختلف فيه، فلم ينفذ من الأول، وكان للثاني أن يبطله، وسيأتي بعد هذا بخلافه. ولو رفع إلى قاض يرى جواز الحجر، فأجاز القضاء الأول بالحجر، وأبطل تصرفات المحجور، ثم رفع إلى غيره من القضاة: فليس له أن يبطل ذلك القضاء ويجيز تصرفات المحجور؛ لأن ذلك القضاء صادف محلا للاجتهاد، وهو نفاذ الأول، فينفذ ظاهرا وباطنا، فليس لأحد بعد ذلك أن يبطله، كذا في «المحيط البرهاني»».

فلو باعَه الساكتُ المُوسِرُ أو المُعسِر، وحكَم القاضي بصحَّة بيعِه: لا ينفذ قضاؤُه؛ لمُخالفته الإجماع.

(أو) قضى (بصحَّة بيعِ متروكِ التسمية عمدًا)؛ لمُخالفته نصَّ الكتاب، وهو قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]، بناءً على أن الواو فيه للعطف، لكن في «النوادر» أن هذا قولُ أبي يوسف، وهو **الأصحُّ**، كما في «خزانة الأكمل»[١]، وعندهما: ينفذ.

(أو) قضى (بجواز بيعِ أُمِّ الولد)، فإنه لا ينفذ؛ لمُخالفته الإجماع. وهذا قد وقَع فيه الخلافُ في الصدر الأوَّل، فعُمَرُ وعليٌّ كانا أوَّلًا يقولان بالجواز، ثم أجمع المُتأخِّرون على عدمه، فهل الإجماعُ المُتأخِّر رفَع الخلافَ المُتقدِّم أو لا؟ فعند محمد: نعم، وعندهما: لا، فعلى قول محمَّد: لا ينفذ، ولذا قال: (على الأظهر) من قول محمد؛ لأنه لم يبقَ فصلا مُجتهَدًا فيه. (وقيل: ينفذ على الأصحِّ)، وهو قولهما؛ لأنه فصلٌ مُجتهَدٌ فيه، «وذكر الإمام السرخسيُّ أن الأكثر على عدم النفاذ، وذكر الخصَّاف أنه يتوقَّف على إمضاءِ قاضٍ آخر، وهو **الأوجَه**»، كما في «البزازية»[٢].

(أو) قضى (ببُطلان عَفْوِ المرأةِ عن القَوَد)، كما لو قتل رجلا عمدًا، فعَفَتْ زوجتُه أو ابنتُه، فأبطل القاضي عَفْوَها بناءً على أنه لا عَفْوَ للنِّساء في القتل؛ إذ لا حقَّ

---

(١) الذي وجدته في «خزانة الأكمل»، كتاب أدب القاضي (٤/ ٨٧): «فإن كان الذي قضى به القاضي يقول فيه بعض الفقهاء: إنه مجتهد: ينبغي أن ينفذ القضاء به، وقال بعضهم: غير مجتهد، ينبغي أن لا ينفذ فيه القضاء؛ لأن القاضي الثاني إن رده صح ههنا، وإن أمضاه قاض لا يراه صوابا: لا يرد بعده. وأما القضاء بشاهد ويمين، وبيع أمهات الأولاد، وبيع متروك التسمية عمدا عند بعضهم من المجتهدات، ولكن عامة مشايخنا على أنه ليس من المجتهدات».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في علمه (٥/ ١٦٥).

لهُنَّ في القصاص، وهو قولٌ لبعض العلماء، فقبْلَ أن يُقادَ الرجلُ رُفع إلى قاضٍ يرى عفْوَ النساء صحيحًا: فإنه يُنفذ ذلك العَفْوَ، ويُبطل القضاءَ بالقَوَد؛ لأنه باطلٌ مُخالفٌ للكتاب والجمهور؛ قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢]، وإن كان قد قُتل: فإن القاضي لا يتعرَّض بشيء، كذا في «الخصاف»، لكن قالوا: ينبغي إذا كان عالمًا يُقتصُّ منه؛ لأنه قتَل شخصًا مَحقُون الدم، وإن كان جاهلا: فعليه الدِّيةُ، أصلُ ذلك ما ذكر في «الأصل» أن الدم إذا كان بين اثنين، فعفَا أحدُهما عن قتله، وقتَله الآخرُ، فإن كان عالمًا: يجب القصاصُ، وإلا فالدِّية»[١]، انتهى.

(أو) قضى (بصحَّة ضمانِ الخَلاص): فإنه لا ينفُذ. وصورتُه: أن يضمن البائعُ أو أجنبيٌّ للمشتري - إن استُحِقَّت الدارُ المُشتَراة من يده - استخلاصَها بالبيع أو الهبة وتسليمَها للمشتري: فهذا الضمان باطلٌ؛ لأنه ضمانُ ما ليس في قدرته الوفاءُ به، وعند البعض: يصحُّ الضمانُ، ولم يَستنِدْ إلى قياس صحيح، وقد استنكره المُتقدِّمون، قال شريح: مَن شرَط الخلاصَ فهو أحمقُ، سلِّمْ ما بعتَ وخُذْ ما اشتريتَ ولا خلاصَ، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: ضمانُ الدَّرَك والعُهدة والخلاص واحدٌ، وهو الرُّجوع بالثمن عند الاستحقاق، وهذا مما لا شكَّ في صحَّته. وأما ضمان الخلاص بما فسَّره به أبو حنيفة، فلا يصحُّ عندهما أيضًا، فلا يصحُّ القضاء به.

(أو) قضى (بجوازِ زيادةِ أهلِ المَحلَّة في معلوم الإمام من أوقاف المسجد)

---

(١) عبارة «الأصل» (٦/ ٥٩٢): «وإذا كان الدم بين اثنين، فعفا أحدهما ثم قتله الآخر عمدا، ولم يعلم بالعفو، أو علم بالعفو ولم يعلم أن الدم حرم بالعفو: فعليه الدية كاملة في ماله، يحسب له من ذلك نصف الدية حصته من دم المقتول الأول، ويؤدي النصف. وكذلك لو كان قتله بعد ما علم بالعفو عمدا: فإن عليه الدية في ماله، يحسب له من ذلك نصف الدية، ولا قود عليه إلا أن يكون فقيهًا يعلم أنه ليس له أن يقتل بعد العفو، فإن كان كذلك قُتل به، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد».

الذي لم يكُنْ له مَزَارِعُ وقُرَى، ولم يكن من أوقاف السلاطين، على ما مر في الوقف: فإنه لا ينفذ؛ إذ لا يجوز الزيادةُ حينئذ، كما مرَّ.

(أو) قضى (بحِلِّ المُطلَّقة ثلاثًا بمُجرَّد عقدِ الثاني)، من غير توقُّفٍ على الدخول، كما هو مذهبُ سعيدِ بن المسيب: فإنه لا ينفذ؛ لمُخالفته السُّنَّة المشهورة.

(أو) قضى (بعدم ملكِ الكافر مالَ المسلم بإحرازِه بدارِهم)، أي: دار أهل الحرب، وكذا ما هو مُلحَقٌ بها، كبحر الملح والمَفازة البعيدة: فإنه لا ينفذ، وإن قال به الشافعيُّ؛ لمُخالفته إجماعَ الصحابة، كما في «الفتح»[1].

قال الشافعي: إذا أحرَزُوه لا يَملكونه؛ لأن الاستيلاء محظورٌ ابتداءً وانتهاء، والمحظور لا يصلُح سببًا للملك، ولنا: أن الاستيلاء ورَد على مُباح، فينعقِد سببًا للملك دفعًا لحاجة المُكلَّف، كاستيلائنا على أملاكهم، وكونُه في حقِّهم مالًا مُباحًا بناءً على أنهم غيرُ مُخاطَبين بالأحكام الشرعيَّة التي العِصمةُ منها[2]، فلا يُخاطَبون بها.

(أو) قضى (بصحَّة بيعِ درهمٍ بدرهمَين يدًا بيدٍ) أو نسيئةً، فليس قيدًا احترازيًّا ـ وإن قال به ابنُ عباس ـ؛ لمُخالفته الصحابة.

(أو) قضى (بصحَّة صلاةِ المُحدِث)، كأن قال لامرأته: إن صلَّيتِ صلاةً صحيحةً فأنتِ كذا، فرعَفت في أثناء الصلاة، فقضى بصحَّة صلاتِها: لا ينفذ، فلو

---

(١) قال في «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٣): «وفي «السير» من «الجامع الكبير»: إذا قضى أن الكفار لا يملكون ما استولوا عليه: لا ينفذ؛ لأنه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة».

(٢) في (ع): (بها).

رُفِع إلى حنفيٍّ: أبطله؛ لقوله عليه الصلاةُ والسلام: «من قاء أو رعَف في صلاته فلينصرِفْ وليَتوضَّأ»(١).

(أو) قضى (بقَسامة على أهلِ محلَّةٍ بتلَفِ مالٍ)؛ إذ القسامةُ لا تكون إلا في تلَفِ الأنفُس، وإن قال به البعض.

(أو) قضى (بحدِّ قذفٍ بالتعريض) من غير تصريحٍ بالزِّنا.

(أو) قضى (بالقُرعة في مُعتَق البعض)، أي: في مُعتَقٍ هو بعضُ العبيد، ومات ولم يُبيِّن، وإن قال به الشافعيُّ ومالكٌ اعتمادًا على حديث الحسن البصري في رجل أعتَق سِتَّةَ عبيدٍ له في مرضه، لا مالَ له غيرُهم، فأقرَع ﷺ بينهم، وأعتَق اثنَين منهم(٢)، قال أبو يوسف: إن ذلك منسوخٌ، والعمل بالمنسوخ باطلٌ، والقُرعة قِمارٌ، وهو حرام.

(أو) قضى (بعدم تصرُّف المرأةِ في مالها بغير إذنِ زوجِها): لم ينفذ، وإن قال به بعض الناس.

وقوله: (لم ينفُذ في الكلِّ)، جواب «لو».

(هذا) المذكورُ من هذه المسائل (ما حرَّرتُه من «البزازية» و«العمادية» و«الصيرفية» و«التاتارخانية»).

---

(١) رواه بنحوه ابن ماجه في «سننه»، أبواب إقامة الصلوات والسنة فيها، باب ما جاء في البناء على الصلاة، برقم (١٢٢١).

(٢) رواه مالك في «الموطأ»، كتاب العتاقة والولاء، من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم، برقم (٢٨٦٢)؛ وأبو داود في «سننه»، كتاب العتاق، باب فيمن أعتق عبيدا له لم يبلغهم الثلث، برقم (٣٩٦١).

[مسائل مجتهد فيها لا ينفذ فيها القضاء]

بقي: لو قضى بشاهدٍ ويمينٍ؛ أو قضى في الحدود والقِصاص بشهادةِ رجلٍ وامرأتَين؛ أو قضى بما في ديوانه وقد نسِي؛ أو بشهادة شاهدٍ على صك لا يذكُر ما فيه، إلا أنه يَعرِف خطَّه وخَتْمَه، كما في «تنوير الأذهان»(١).

أو قضى بصحَّة طلاقِ الدَّور وبقاء النكاح: فإنه لا ينفذ، أو قضى على البائع للمشتري في دارٍ باعَها فاستُحِقَّت بدارٍ مثلِها في الوضع والخطَّة والزرع والبناء: فإنه إذا رُفع إلى قاض آخرَ يُبطِله، ويُلزم البائعَ بردِّ الثمن خاصَّة، إلا أن يكون أحدَث بناءً أو غرسًا، فإنه يُلزمه بقيمة ذلك مع الثمن، ولا عبرة بمن خالف.

أو قضى ببُطلان شُفْعة الشريك، أو قضى [بشهادة](٢) المحدود في القذف بشيء؛ أو قضى لزوجته؛ أو قضى وهو أعمى؛ أو قضى بشهادة النِّسوان على الانفراد في شجاج الحمام؛ أو قضى على من قال لامرأته: كُلِي واشرَبي، يُريد الطلاقَ، بالطلاق؛ أو قضى بجواز بيعِ الدراهم بالدنانير نسيئة؛ أو قضى بإجارة المديون في دَينه؛ أو قضى بخطِّ شُهودٍ أمواتٍ؛ أو قضى بشيء، ثم رُفع لآخرَ فأبطَله، ولم يُبيِّن وجهَه، ثم رُفع لثالث، فإنه يُبطل الثاني؛ أو قضى بالردِّ على من باع عبدًا شراه آخرُ، وبقي عنده مُدَّةً، ثم ادَّعى أن به عيبًا، ولم يُقِمْ بيِّنةً على أنه كان موجودًا عند بائعه، ولم يُقِرَّ البائعُ به؛ أو قضى بتحريم بنتِ المرأة التي لم يدخُل بها: فإنَّ في هذه المسائل لا ينفُذ قضاؤُه، ولو رُفع إلى آخر: يُبطِله، كما في «الزواهر».

---

(١) انظر: «تنوير الأذهان» (ل/ ١٤٢/ ب – ل/ ١٤٣/ أ).

(٢) زيادة مقدرة لاستقامة العبارة.

[مسائل اختلف الأصحابُ في نفاذ القضاء فيها]

وبقي مسائلُ اختلف فيها الأصحابُ: لو قضى بمتروكِ التسمية: لا يُنقَض عند الإمام، وعند الثاني: ينقض؛ أو قضى بخلافِ مذهبِه غلطًا، أو وافَق قولَ مجتهِدٍ: يُنقَض عندهما، وعنده: لا؛ أو قضى على مديونٍ حُبِس بأن حَبْسه حَجْرٌ عليه، فلو رُفع لآخرَ: لا يُمضيه عنده، خلافًا لهما، فهذه المسائلُ الخلافية.

[مسائل لا نصَّ للأصحاب في نفاذ القضاء فيها]

بقي التي لا نصَّ فيها: الإمام إذا حكم بشاهدٍ ويمين في الأموال: ففي رواية إسماعيل بن حمَّاد عن أبي حنيفة: لا يُنقَض إذا رُفع إلى غيره، وكذا في رواية ابن سماعة؛ أو قضى بشهادة الأبِ لابنه أو لجدِّه، ثم إذا رُفع إلى آخر: أمضَاه عند أبي يوسف، ونقَضه عند محمد.

ومنه: ما إذا تزوَّج الزاني بابنتِه من الزنا، وحكم الحاكمُ بحلِّ ذلك، ثم رُفع إلى آخر، قال أبو بكر الرازي: ينقُضه.

ومنه: رجلٌ أعتَق عبدًا، ثم مات المُعتِق ولا وارثَ له، ثم قضى القاضي بميراثه للمُعتَق، ثم رُفع إلى حاكم آخر: نقَض ذلك، وجعل مالَه في بيت المال عند أبي يوسف، انتهى.

واعلم أن «المسألة كما تصير مُجتهَدًا فيها بوقوع الخلاف تصير مُجتهَدًا فيها بوُقوعه في مثلها(١)»، ....

(١) أي: مثل تلك المسألة. «بيانه فيما ذكر محمد في «السير الكبير»: ولو أن جندا من المشركين دخلوا دار الإسلام، فأسروا من المسلمين رقيقا، وأخذا منهم متاعا، وأحرزوه بعسكرهم، ثم ظهر عليهم المسلمون أيضا، ثم حضر الموالي القديمة، وكان ذلك قبل أن يقسم الإمام ما أصابوا أو بعد ما =

كما في «التاتارخانية»[(١)].

[مطلب: في قضاء المجتهِد أو المُقلِّد على خلاف المذهب]

والحاصل: أن المجتهد ليس له أن يقضِي بخلاف ما أدَّاه إليه اجتهادُه، فإذا قضى بخلاف ما رآه، ناسيًا لمذهبه أو ذاكرًا له، مُوافِقًا لرأيِ مجتهِدٍ: ينفُذ على قول

= قسم، إلا انه لم يعلم حال الرقيق والمتاع أنه للمسلمين، بل حسب أنه لأهل الحرب، أدخلوا مع أنفسهم من دار الحرب، أو علم أن ذلك للمسلمين، إلا أنهم أصابوا ذلك كرة أخرى قبل هذه الكرة، وأحرزوه بدارهم، فقسم الرقيق بين الغانمين على هذا الحسبان، ثم ظهر الأمر بخلاف ذلك، بأن ظهر الرقيق للمسلمين، أخذهم أهل الحرب في هذه الكرة، ولم يحرزوهم بدارهم: ففي هذه الصورة يرد ذلك الرقيق وذلك المتاع إلى الموالي القديمة بغير شيء، وإن كان بعد القسمة. وكذلك إن أسلم أهل الحرب، أو صاروا أهل الذمة، وهم في دار الإسلام بعد: وجب رد الرقيق والمتاع على الموالي القديمة بغير شيء، ولو كان الإمام علم بحال الرقيق وقت القسمة أنهم للمسلمين، وأن المشركين أخذوا منهم في هذه الكرة، وما أحرزوهم بدارهم، إلا أنه يرى الإحراز بعسكرهم في إفادة الملك كالإحراز بدارهم، وقسم الرقيق بين الغانمين بناء على ذلك، ثم حضرا الموالي القديمة بعد القسمة: أخذ الرقيق بالقسمة إن شاء، كما لو أحرزوا الرقيق بدارهم، ثم استولى عليه المسلمون، ثم حضر الموالي القديمة بعد القسمة؛ لأن القسمة قد صحت لما أشار إليه في الكتاب أن هذا مما يختلف فيه الفقهاء. واختلفت عبارة الفقهاء في قوله: «إن هذا مما يختلف فيه الفقهاء»، بعضهم قالوا: لم يرد به الاختلاف في عين هذه المسألة، وإنما أراد الاختلاف في مثل هذه المسألة، أن المسلمين هل يملكون أموال أهل الحرب بالإحراز بعسكرهن قبل الإخراج إلى دار الإسلام؟ فعندنا: لا يملكون، وعند بعض العلماء: يملكون، وإحراز أهل الحرب أموال المسلمين بعسكرهم نظير إحراز المسلمين أموال أهل الحرب بعسكرهم، فيمكن قياس إحرازهم بعسكرهم بإحرازنا بعسكرنا، ويسع فيه اجتهاد الرأي».

(١) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب أدب القاضي، الفصل التاسع عشر في القضاء في المجتهدات (١١/ ١٤١).

أبي حنيفة، وهو **الصحيح**؛ لأنه في محلِّ الاجتهاد، وعندهما: لا. ولو لم يكن له رأيٌ وقتَ القضاء، فقضى برأيِ غيرِه، ثم تبيَّن له، فعند الثاني: لا يُنقَض، وعند محمد: يُنقَض، وفي «الخانية» حكى الخلافَ بعكس هذا[١].

وأما المُقلِّد إذا حكَم بخلاف مذهبِه ذاكِرًا لمذهبه: لا يجوز بلا خلاف، كما في «شرح الجامع الكبير»، وحكى الخلافَ غيرُه، ولو حكم ناسيًا لمذهبه، فقضى بشيءٍ على ظنٍّ أنه مذهبُه، ثم تبيَّن خلافُه: له أن يَنقُضَه، ذكره في «شرح الطحاوي» من غير ذكرِ خلافٍ، ونقل غيرُه أن هذا قولُهما، لا قولُه، كذا في «شرح الوهبانية»[٢].

[العبرة في تعيين المُجتهَد فيه باشتباه الدليل، لا بحقيقةِ الخلاف]

ونقل في «الفتح» عن «المنتقى» أن «العبرة في كون المحلِّ مُجتهَدًا فيه اشتباهُ الدليل، لا حقيقةُ الخلاف، لذا لو قضَى بإبطالِ طلاقِ المُكرَه: نفَذ؛ لأنه محلُّ اشتباهِ الدليل؛ إذ اعتبارُ الطلاق بسائر تصرُّفاتِه يَنفي حكمَه، ولو قضى بحدٍّ أو قَوَدٍ بشهادة رجلٍ وامرأتَين، فرُفع إلى من يرى خلافَه: يُنفذه؛ لاشتباه محلِّ الدليل؛ لأن المرأة من أهل الشهادة لظاهر قولِه تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فإنها تدل على قبول شهادتِهنَّ [مع الرجال] مطلقًا، وإن ورَدت في المداينة؛ **لأن العِبْرة لعُموم اللفظ**، ولم يرِدْ نصٌّ قاطعٌ في إبطال شهادتِهنَّ في هذه الصورة، ولو قضى بـ[جوازِ] نكاحٍ بلا شُهودٍ: نفذ؛ للاختلاف، فقد اعتُبِر هذا الخلافُ؛ لأن الموضع موضعُ اشتباه الدليل.

---

(١) قال فيها في كتاب الدعوى والبينات، فصل فيما يقضي في المجتهدات (٢/ ٤٥١): «إذا كان مجتهدا، فنسي مذهبه، وقضى برأي غيره، ثم تذكر رأيه: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: ينفذ قضاؤه ولا يرد، ويعمل برأيه في المستقبل. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يرد قضاؤه، وهو الصحيح من قول محمد رحمه الله تعالى أيضا». فجعل قول الصاحبين واحدا، وهو نقض القضاء.

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، آخر كتاب أدب القاضي (١/ ٣٠١).

ولا يخفى أنه إذا كانت مُعارَضةُ المعنى للدليل السَّمعيِّ النصَّ[١] يُوجب[٢] اشتباهَ الدليل، فيصير المحلُّ محلَّ اجتهادٍ: ينفُذ[٣] القضاء فيه، فكلٌّ من خلافِ الشافعيِّ ومالكٍ وغيرِهم محلُّ اشتباهِ الدليل؛ إذ لا يخلُو عن مثل ذلك، فلا يجوز نقضُه من غير توقُّفه على كونه من الصدر الأوَّل»[٤]، انتهى.

قال المقدسي في «الرمز»: «وفيه بحثٌ؛ لأنه ذكَر مواضعَ نصَّ فيها أهلُ المذهب بعينها أنها لا تنفُذ، مع وجود الخلاف فيها عن المجتهِدين المذكورين، فيُعلم من هذا أن المُعتبَر إنما هو اشتباه الدليل، لا مُجرَّدُ وقوع الخلاف، **فالمُعتمَد** على ما نصَّ في «شرح أدب الخصاف» من التفصيل. ولا يخفى أن أصحابنا اعتبروا قولَ الصحابيِّ، وتركوا به القياس، وكذا التابعيِّ المَسُوغِ له الاجتهادُ، وإنما اعتبَروا في بعض المواضع اختلافَ مالكٍ ونحوِه لمُوافَقته لواحدٍ من الصدر الأوَّل، ولكن لخَفاء هذا على أهل هذا العصر، بل مَن قبلَهم: يجب اتباعُ ما نصُّوا على عدم نفاذه؛ لأن الظاهر اطِّلاعُهم على ما يوجب ذلك من مُعارَضة دليلِ مالكٍ والشافعيِّ، وما لم يُطَّلع فيه على مُعارِض قويٍّ: يُعتمَد خلافُهم فيه»، انتهى.

[مطلب: في شهادة مَن رُدَّت شهادتُه لعلَّة ثم زالت]

(**الشاهد إذا رُدَّت شهادتُه لعلَّةٍ**)، كما لو رُدَّت لكونِها زوجتَه، (**ثم زالت تلك العلَّةُ**)، بأن طلَّقها، (**فشهِد في تلك الحادثة**) التي شهد بها أوَّلًا: (**لم تُقبل**) شهادتُه،

---

(١) قوله: «النص»، مفعول به لـ«معارضة».

(٢) قوله: «يوجب»، خبر «كانت».

(٣) قوله: «ينفذ»، جواب «إذا».

(٤) «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٢ _ ٣٠٣).

(إلا في أربع: العبد، والكافر على المسلم، والأعمى، والصبي، إذا شهدوا فرُدَّت[١]، ثم زال المانعُ)، بأن عتق العبدُ، وأسلم الكافرُ، وأبصَر الأعمى، وبلَغ الصبيُّ، (فشهِدوا: تُقبل شهادتُهم، كذا في «الخلاصة»[٢]).

قيل عليه: إن المردود ليس بشهادةٍ؛ بدليل أن لو قضى القاضي بجوازه: لا يجوز، بخلاف الفاسق إذا تابَ، والزوج لزوجتِهِ إذا طُلِّقت؛ لأنها شهادةٌ رُدَّت لمعنى، فإذا زالَ: لا تُقبل، وكذا لو شهد المولى لعبده، فعتَق، فشهِد له في ذلك الحادثة: لا تُقبل، وقد مرَّ.

(وسواءٌ) في عدم القبول (إذا شهِدوا)، أي: العبد والكافر والأعمى والصبي، (عند مَن ردَّه)، أي: القاضي الذي ردَّ شهادتَهم، (أو عند غيرِه، و) سواء (كان) الشهادةُ، وتذكيرُها باعتبار مَصدرِيَّتها، (بعد سِنين) من الردِّ (أو لا، كما في «القنية»)، وسواءٌ كان للمردودِ له أو لآخر، كما لو ادَّعى دارًا، وأقام البيِّنَةَ، وأبطَلها القاضي لعلَّة، ثم شهِدت بها لآخرَ؛ لأن القضاء بالردِّ قضاءٌ على الكافَّة، ولذا كان كلُّ «مَن كان خصمًا في حادثةٍ، كالوصي والوكيل: لا تُقبل شهادتُه في تلك الحادثة، ولو بعد الخروج من الوكالة والوصاية»، كما في «البيري»[٣] عن «المحيط».

---

(١) في هامش (ع): (للرق والكفر والعمى والصغر).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثاني في الشهادات (٤/ ٥٩).

(٣) الذي في «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٥٠): «وفيه (أي: «المحيط») من الشفعة: من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة، وإن لم يبق، كالوصي والوكيل إذا شهد بعد العزل والبلوغ».

[فائدة: للخصم أن يطعَن في الشاهدين بثلاثةِ أشياء]

(للخَصْم أن يطعَن في الشاهدَين)، «ولو بعد الحكم[١]»، «بيري»[٢]، (بثلاثةِ أشياء: (أنهما عبدان، أو مَحدُودان في قذفٍ، أو شريكان في المشهود به، كذا في «الخلاصة»[٣])، وعلى المُدَّعي[٤] أن يُقيم البيِّنَةَ على حُرِّيَّتهم، وعلى الطاعن أن يُقيم البيِّنَةَ على أنهم محدُودُون في قذف، أو أنهم شريكان في المشهود به.

وتُقبل الشهادةُ على ذلك؛ لأنه جرح، ولا تُقبل الشهادة على الجرح المُجرَّد، وهو كلُّ ما يُفسَّق فيه من غير إيجابِ حقٍّ للشرع، كوجوب الحدِّ، أو للعبد، كوجوب المال[٥]. والجرحُ المُجرَّد كقوله: هو فاسقٌ، أو آكِلُ ربا، أو استأجَرهم.

وتُقبل على الجرح المُركَّب، كإقرار المدَّعي بفسقِهم، أو على أنهم عبيدٌ، أو محدودون في قذفٍ، أو شارِبُو خمرٍ، أو قذَفةٌ، أو شُركاء المُدَّعي، أو أنه استأجَرهم لها بكذا، أو أعطاهم ذلك مما لي عليه، أو أني صالحتُهم بكذا ودفعتُه إليهم على أن لا يَشهَدُوا، فشهِدُوا زُورًا، وأنا أطلُب ما دفعتُه إليهم. وإنما قُبِلت في هذه الصورة لتضمُّنِها حقًّا لله، وحقًّا للعبد، «ملتقى»[٦].

---

(١) «بدليل قولهم: لو قضى بشهادة محدودين، وهو لا يعلم ذلك، ثم علم: يرد قضاؤه، ويؤخذ المال من المقضي له»، «بيري».

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٥٠).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام، الجنس السادس في تفسير التعديل (٤/ ١٥).

(٤) في (خ): (المدعى عليه).

(٥) في هامش (ع): (هذا (أي: عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد) لو بعد التعديل، ولو قبله قبلت، «تنوير»).

(٦) الذي في «ملتقى الأبحر»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٣/ ٢٨٢ ـ ٢٨٤): «ولا تقبل =

وفي «الأجناس»: «لو حكم بشهادة الفاسق، وهو لا يعلَم، ثم علِم بفسقِه: لا ينقض حكمه»[١].

وفي «الخزانة»: لو عدَّلهم الخصمُ قبل أن يشهَدوا: فله الطعنُ، ولو عدَّلهم بعد الشهادة: لا يُقبل طعنُه. ولو قال المُدَّعي بعد نصاب الجرح: أنا آتى بمَن يُعدِّلهم، لا يُقبل منه ذلك، وبه يُفتى، كما في «نوادر ابن سماعة». وفي «الفتاوى العتابية»: إن عارَض المُعدِّلين بالجرح قبل القضاء: يُسمع.

وفي «الملتقط»: «القاضي إذا سأل عن الشُّهود، فلم يُعدَّلوا، فسأل المشهودُ عليه من القاضي أن يَرُدَّ شهادتَهم ويُبطِلَها مطلقًا حتى لا يَشهَدوا عند قاضٍ آخرَ: يُجِيبُه إلى ذلك»[٢]، انتهى.

[فائدة: القضاء الضِّمنيُّ لا يُشترط له الدعوى والخصومة]

(القضاء الضِّمنيُّ لا يُشترط له الدعوى والخصومةُ، فإذا شهِدوا على خصمٍ بحقٍّ، وذكروا اسمَه واسمَ أبيه وجدِّه، وقضى بذلك الحقِّ: كان قضاءً بنسَبه، وإن لم يكن في حادثة النسب).

(وقد ذكر العمادي في «فصوله» فرعَين مُختلفَين حكمًا، وذكر أن أحدَهما لا يُقاسُ على الآخر).

= الشهادة على جرح مجرد، وهو ما يفسق به من غير إيجاب حق للشرع أو للعبد، نحو: هو فاسق، أو آكل ربا، أو أنه استأجرهم. وتقبل على إقرار المدعي بفسقهم، وعلى أنهم عبيد، أو محدودون في قذف، أو شاربو خمر، أو قذفة، أو شركان المدعي، أو أنه استأجرهم لها بكذا، وأعطاهم ذلك مما عنده، أو أني صالحتهم بكذا ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي، فشهدوا».

(١) «الأجناس» للناطفي، كتاب الشهادات، نوع منه: كل موضع رد الحاكم (٢/ ١٩٠).

(٢) «الملتقط في فتاوى الحنفية»، كتاب أدب القاضي، مطلب: إذا استقضى الخوارج رجلا جاز (ص ٣٦٦ _ ٣٦٧).

قال في باب ثُبوت النسَب عن «فتاوى رشيد الدين»: ادَّعى شخصٌ أن له على أحمدَ بنِ محمد بن أحمد كذا من المال، وهو هذا، فشهِد الشُّهود أن هذا أحمدُ بنُ محمد بن أحمد، وأن له عليه كذا: يثبُت المالُ ولا يثبُت النسب؛ لأن المُدَّعي والشُّهود ليسُوا بخصمٍ في إثبات النسب، لكن يثبُت المال لوُجود الإشارة إليه، ثم قال: وعلى قياس مسألةٍ أُخرى، وهي أن مَن ادَّعى أن لي على فلان دينًا، وأنه مات، وأنت ابنُه، واسمُ أبيك كذا، واسمُ جدِّك كذا، فأقام البيِّنة: فإنها تُقبل، ويثبُت النسَبُ، ينبغي أن يكون ههنا كذلك، انتهى.

(وفرَّق بينهما في «جامع الفصولين») بأن «الإشارة هنا تُغني عن ثبوت النسب؛ لأن الحقَّ يثبُت عليه بالإشارة، وإن لم يثبُت نسبُه. وأما ثمَّة، فلا يُمكن ثبوتُ حقِّه عليه إلا بثُبوت نسبِه؛ لأن المال على الميِّت، فلا ينتقِل إلى المُدَّعى عليه إلا لكونه وارثًا، فافترقا»[1]، انتهى.

فليُنظَر، فإن صريحَ ما ذكره في الفرع الأوَّل أنه لا يثبُت النسبُ ضمنًا لقوله: لأن المُدَّعي والشُّهود ليسُوا بخصمٍ... إلخ، فهذا يَنفي القضاءَ الضِّمنيَّ في النسب، وفي الفرع الثاني لا تُشترط المُخاصَمةُ لإثبات النسب، فقد اعتبر الضمنيَّ، فقياسُ أحدِهما على الآخر لا يصحُّ.

وما ذكره في «الفصولين» أن[2] القضاء الضمنيَّ إنما يُعتبَر إذا توقَّف ثبوتُ القصديِّ عليه، وإلا فلا، وكلامُ المصنِّف مخالفٌ لهذه الفروع، إلا أن يُحمل كلامُه على ما قاله في «الفصولين» من التوقُّف، فيكون معنى كلامِه: القضاءُ لا يشترط له الدعوى والخصومةُ، يعني: إذا توقَّف عليه القصديُّ، وقوله: فإذا شهِدوا عليه...

---

(١) «جامع الفصولين»، آخر الفصل السادس في بيان أنواع الدعاوى وشرائط صحتها (١/ ٦٤).

(٢) أي: هو أن.

إلخ، أي: إذا توقَّف، وإلا فلا يكون قضاءً بنسَبِه ضِمنًا، فليُتأمَّل.

(وهو)، أي: القضاء الضمني، (من مُهِمَّات مسائلِ القضاء). ومنها ما ذكره في «القنية»: شهدوا بالخُلع بين الزوجَين، وهما يُنكران الخُلعَ، وقضى القاضي: يثبُت المالُ ضِمنًا لثُبوت الخُلع، وإن شُرِط[1] في إثبات المال قصدًا.

[فروع على الفائدة السابقة]

(وعلى هذا)، أي: على ما ذكروه من أن القضاء الضِّمنيَّ لا يُشترط له الدعوى ولا الخصومةُ، (لو شهدا بأن فلانة زوجةُ فلان، وكَّلت زوجَها فلانا في كذا على خصمٍ مُنكِر، وقضى) القاضي (بتوكيلِها: كان قضاءً بالزوجيَّة بينهما، وهي حادثةُ الفتوى). قال البيري: «هذا التفريع مخالف للمنقول، فلا يعول عليه»[2].

(ونظيرُه)، أي: هذا الفرع، (ما في «الخلاصة» في طريق الحكم بثُبوت الرمضانية[3] أن يُعلِّق رجلٌ وكالةَ فلان أو كفالتَه بدُخول رمضان، ويدَّعي بحقٍّ على آخر، ويتنازعان في دُخوله)، أي: رمضان، (فتُقام البيِّنةُ على رُؤياه، فيثبُت رمضانُ ضِمنَ ثبوت التوكيل[4])).

---

(١) قوله: وإن شرط، أي: القضاء، انتهى، «عمدة»، كذا في هامش (خ).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٥٢).

(٣) في هامش (خ): (صورتها: أن يدعي بوكالة أو كفالة معلقة بدخول رمضان، فيقر الخصم، أي: المدعى عليه، بالوكالة، وينكر دخول الشهر، فتشهد الشهود بذلك، فيقضي عليه القاضي بالمال، فيثبت مجيء رمضان؛ لأن إثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم، كذا في «أبي السعود»، فتأمله).

(٤) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثاني في الشهادات، جنس آخر في الرمضانية والعيد (٤/ ٧٢).

سيجيء بعد ورقة أن الشهادة تُقبل بدون الدعوى في هلال رمضان، فلا حاجة لما ذكره، إلا أن يقال: المراد بقبول الشهادة بدون الدعوى: مُجرَّدُ الثبوت، لا الحكم، تأمل.

وقد تقدَّم أنه يثبُت بخبر عدلٍ إن كان يومَ غَيمٍ، ولا يُشترط لفظُ الشهادة وشروطُ القضاء. وأما غير رمضان، فيدخل تحت الحكم، فلا بد فيه من الشهادة وشروط القضاء.

(وأصلُ القضاء الضِّمنيِّ ما ذكره أصحابُ المتون من أنه لو ادَّعى كفالةً على رجل بمالٍ بإذنه)، قيَّد به؛ لأنه لو لم يكن بإذنه لا يُقضَى عليه، (فأقرَّ بها)، أي: بالكفالة، (وأنكَر الدَّين، فبرهَن) المُدَّعي (على الكفيل بالدَّين، وقُضِي عليه)، أي: على الكفيل، (بها)، أي: بالكفالة، (كان) ذلك القضاءُ بها (عليه)، أي: الكفيل، (قصدًا، وعلى الأصيل الغائب ضِمنًا)، حتى لو حضر وأنكَر: لا يُعتبَر إنكارُه.

(وله)، أي: للقضاء الضمني، (فروعٌ وتفاصيلُ ذكرناها في «الشرح») في القضاء عند قوله: «ولا يقضي على غائب»[1].

[مطلب: في انعزال النائب بعَزْل القاضي أو موته]

ثم إنه لما وقع الخلافُ في أنه هل ينعزل النائبُ بعزل القاضي أو موتِه: ذكر ذلك وحرَّر المُفتى به، فقال: (قال في «خزانة الفتاوى»: إذا مات القاضي: انعزَل خُلفاؤُه، ولو مات واحدٌ من الوُلاة: انعزل خُلفاؤه، ولو مات الخليفةُ: لا ينعزل وُلاتُه وقُضاتُه)؛ لأنهم أُقيموا لمَصالح المسلمين، فلا ينعزلوا ما لم يُعزَلوا، انتهى ما في «الخزانة».

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، القضاء على خصم غير حاضر (٧/ ١٧).

(وفي «الخلاصة» و«هداية الناطفي»: لو مات القاضي: انعزل خُلفاؤُه) بموته، (وكذا موتُ أميرِ الناحية) ينعزل خُلفاؤه بموته، (بخلاف موتِ الخليفة)، فإنه لا ينعزل خلفاؤُه بموته.

(السُّلطانُ إذا عزَل القاضي: انعزل النائبُ، بخلاف موت القاضي حيث لا ينعزل النائبُ بموته)، وكان الفرقُ بين الموت والعَزْل العُرف. (هكذا قيل، وينبغي أن لا ينعزل النائبُ بعَزْل القاضي)، أي: بعزل السلطانِ القاضيَ؛ (لأنه نائب السُّلطان أو نائبُ العامَّة؛ ألا ترى أنه لا ينعزل بموت القاضي، وعليه كثيرٌ من المشايخ)، فعليه «ينبغي» للوجوب، لا للحثِّ، (انتهى) ما في «الخلاصة»[1] و«هداية الناطفي».

فقد تحرَّر من هذا النقل والذي قبله أن القاضي ينعزل نائبُه بعزلِه، وهل ينعزل بموته؟ أكثرُ المشايخ على عدم عزلِه.

(وفي «البزازية»: مات الخليفةُ، وله أُمراءُ وعُمَّال: فالكلُّ على وِلايته[2])، لا ينعزلون بموته. ويُؤخذ منه: أنه لا ينعزل وكيلُ بيتِ المال بموته.

(وفي «المحيط»: مات القاضي انعزل خُلفاؤه، وكذا ينعزل أُمراءُ الناحية) بموت أحد من الولاة، (بخلاف موتِ الخليفة)، فإنه لا ينعزل خُلفاؤه. (وإذا عزَل) السُّلطان (القاضيَ ينعزل نائبُه، وإذا مات) القاضي: (لا) ينعزل نائبُه، (والفتوى على أنه لا ينعزل النائبُ بعزل القاضي)، من إضافة المصدر إلى مفعوله، أي: عزل السلطان القاضيَ، ويحتمل إضافتُه إلى الفاعل، أي: عزل القاضي النائبَ، والأوَّل يُناسب ما مرَّ، (لأنه)، أي: النائب، (نائبُ السُّلطان أو) نائب (العامَّة)، فلا ينعزل إلا

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الأول في التقليد، الجنس الرابع في العزل (٤/ ٦).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الأول في التقليد (٥/ ١٣٧).

بعَزْله، لا بعزل القاضي، إلا إذا فُوِّض له العزلُ، (وبعزل السلطان نائبَ القاضي لا ينعزل القاضي)؛ لأنه نائبُ الأصل، (انتهى) ما في «المحيط».

(وفي «العمادي» و«جامع الفصولين»[(١)] كما في «الخلاصة»، وقد مرَّ).

(وفي «فتاوى قاضيخان»: وإذا مات الخليفةُ لا ينعزل قُضاتُه وعُمَّالُه)، هذا هو المراد بـ«خُلفاؤه» فيما مرَّ، (وكذا) لا ينعزل بموت السلطان خلفاءُ القاضي (لو كان القاضي مأذونًا له بالاستخلاف) صريحًا، كـ: ولِّ مَن شئتَ، أو دلالةً، كـ: جعلتُكَ قاضيَ القُضاة، والدلالة هنا أقوى من الصريح؛ لأن في الصريح يَملِكُ الاستخلافَ، لا العزلَ، وفي الدلالة يملِكُهما، كقوله: ولِّ مَن شئت، واستبدِلْ مَن شئتَ، واستخلِفْ مَن شئت، فإن قاضي القُضاة هو الذي يتصرَّف فيهم مطلقًا تقليدًا أو عزلًا، وإذا قال له الإمامُ: ولِّ من شئتَ، أو استخلِفْ مَن شئت: كان وكيلا عن الإمام في التولية، فلا يملك عَزْلَه، كالوكيل إذا وَكَّل، ولا ينعزل بموته، ويَنعزِلان بموت المُوكِّل، «منح».

(فاستخلف[(٢)] القاضي (غيرَه، فمات القاضي: لا ينعزل خليفتُه، انتهى) ما في «الخانية»[(٣)]. فهذا صريحٌ في أن نائب القاضي لا ينعزل بموته إذا كان مأذونًا له في الاستخلاف.

(فتحرَّر من ذلك) المنقولِ (اختلافُ المشايخ في العزل للنائب بعزلِ القاضي وموتِه، ولكن في قول البزازي: الفتوى على أنه لا ينعزل) النائبُ (بعَزْل القاضي[(٤)]،

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٧).

(٢) في النسخ: (واستخلف)، والمثبت من «الخانية»، ونسخة «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون».

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات (٢/ ٣٦٣).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الأول في التقليد (٥/ ١٣٧).

يدلُّ على أن الفتوى على أنه)، أي: النائب، (لا ينعزل بموتِه)، أي: القاضي، (بالأَولى، لكن علَّله بأنه نائبُ السُّلطان، فيدُلُّ على أن النُّوَّابَ الآن ينعزلون بعزلِ القاضي وموته؛ لأنهم نُوَّابُ القاضي من كلِّ وجهٍ، فهو)، أي: النائب مع القاضي، (كالوكيل مع المُوكِّل. ولا يفهم أحدٌ الآن أنه نائبُ السُّلطان، ولهذا قال العلامة ابنُ الغَرْس: ونائبُ القاضي في زماننا ينعزل بعَزْله)، أي: القاضي، (وبموتِه) أيضًا، (فإنه نائبُه من كلِّ وجهٍ، انتهى) كلامُ ابن الغرس.

ووافَقه الشُّرنبُلاليُّ وأقرَّه، وبحث فيه بأن القاضي الذي ولَّاه السُّلطان إن كان قاضي القُضاة فيَملِك الاستخلافَ، وهو نائبُ السلطان؛ لما مرَّ أن الدلالة فيه أقوى من الصريح، وإن كان غيرَه فإنْ ولَّاه السُّلطانُ: فهو نائبُه، وإن أذِن له بالاستخلافِ، فولَّى من قِبَل نفسِه: فهو نائبُ السُّلطان في الحقيقة، وفي الظاهر عن القاضي، فليس نائبًا عن القاضي من كلِّ وجهٍ، فما قاله ابن الغرس ممنوعٌ، وإن لم يَأذَنْ له بالاستخلاف: ليس له أن يستخِلفَ، كما مرَّ عن «الخانية»، كيف وقد علَّلوا عدمَ عزلِ القاضي بموت الخليفة بأنه نائبٌ عن المسلمين، فلا يصحُّ القولُ بأنه نائبٌ عن القاضي من كلِّ وجهٍ، مع تصريحهم بأنه نائبُ السلطان حقيقةً، وقياسُه على الوكيل شاهدٌ عليه، لا له؛ لأن الوكيل ليس له أن يُوكِّل من غير إذنٍ، وبعد الإذن تكون الولاية منسوبةً للمُوكِّل، لا للوكيل، حتى إنه ليس للوكيل عزلُه.

وفي «فتاوى التمرتاشي»: سُئل عمَّا نقَل الشيخُ بدرُ الدِّين بن الغرس في «الفوائد البدرية» من أن نائبَ القاضي الآن ينعزل بعَزْله وبموته، فإنه نائبُه من كلِّ وجهٍ، والقضاء من المَناصب الدِّينيَّة التي يصحُّ فيها العزلُ بسببٍ وغيره، أجاب: لا يُعتمَد على ما قاله ابن الغرس؛ لمُخالفته المذهبَ، فقد نقل الثِّقاتُ أن النائب لا ينعزل بعزل الأصيلِ ولا بموته؛ قال الزيلعي في «شرح الكنز»: «لا يملك القاضي

الاستخلافَ إلا بإذن الخليفة، ثم لا ينعزل بعزل القاضي الأوَّلَ ولا بموته، بل بعزل الخليفةِ لهما، ولا ينعزلان بموته... إلخ»[١]، وهو **المُعتمَد** في المذهب، وإلى ذلك يشير قوله:

(فهو كالوكيل مع المُوكِّل، لكن جعل في «المعراج» كونَه كوكيلِ قاضي القُضاةِ مذهبَ الشافعيِّ وأحمدَ، وعندنا: إنما هو نائبُ السُّلطان)، وليس وكيلا عن القاضي، فما قاله ابن الغرس ليس مذهبَنا.

وفي «البدائع»: «لو استخلف القاضي بإذن الإمام، ثم مات القاضي: لا ينعزل خليفتُه؛ لأنه نائبُ الإمام في الحقيقة، لا نائبُ القاضي، ولا يملك القاضي عزلَ الخليفة لأنه نائبُ الإمام، فلا ينعزل بعزلِه، كالوكيل مع المُوكِّل، فإنه لا يملك عزلَ الوكيل الثاني»[٢]، انتهى. نعم؛ إذا صرَّح السُّلطانُ بعزلِ النائب بموته، أو قال له: ولِّ مَن شئتَ، واعزِلْ من شئت: فالأمرُ ظاهر.

ويرُدُّه أيضًا ما ذكره بقوله: **(وفي «التاتارخانية»: إن القاضي إنما هو رسولٌ عن السُّلطان في نَصْب النُّوَّاب**[٣]**)**، لا وكيلٌ، والرسولُ مُبلِّغٌ، والمُرسِل هو الذي ينصب المرسل إليه، انتهى.

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء، فصل: الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له (٤/ ٢٧٦).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب آداب القاضي، فصل في بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء (٧/ ١٦).

(٣) لم أجد هذا النص في «الفتاوى التاتارخانية»، والذي وجدته فيها في كتاب أدب القاضي، الفصل الخامس في التقليد والعزل (١٣/ ٣٠ ـ ٤١): «إذا أمر السلطان غلاما من غلمانه على بلدة بنصب القاضي: جاز له نصب القاضي بطريق النيابة من السلطان، ويصير نصب الغلام بأمر السلطان كنصب السلطان بنفسه».

(و)يَرُدُّه أيضا: (ما في وقف «القنية»: لو مات القاضي أو عُزِل: يبقى ما نَصَبه على حاله)، أعمُّ من أن يكون نائبًا، (ثم رقم: يبقى قيِّمًا، انتهى).

وأطال الخيرُ الرمليُّ في «فتاواه» في الردِّ على ابن الغرس بأنه لا يصحُّ؛ لتصريحهم قاطبةً بأنه في الحقيقة نائبُ السلطان، وقولُ صاحب «الأشباه»: إنه لا يفهم أحد... إلخ، في حَيِّز المنع، مع تصريح الجَهابذة الأعلام بأنه إذا كان القاضي مأذونًا له بالاستخلاف: فهو في الحقيقة نائبُ السلطان... إلخ[١].

وفي «الخلاصة»: «الخليفة إذا أذِن له بالاستخلاف، فاستخلَف رجلا، وأذِن له بالاستخلاف: جاز له أن يستخلِف، ثُمَّ وثُمَّ»[٢]، انتهى.

[مطلب: في استحلاف الشُّهود]

ثم لما ذكَر خطأَ ابنِ الغرس فيما تقدَّم: أراد أن يُبيِّن خطأَ صاحبِ «التهذيب» في أُخرى، وهي ما قاله: (وفي «التهذيب») للقلانسي: (وفي زماننا لما تعذَّرت التزكيةُ بغلَبة)، أي: بسبب غلبة، (الفسق، اختار القضاةُ استحلافَ الشهود، كما اختاره ابنُ أبي ليلى؛ لحُصول غلَبة الظنِّ، انتهى).

وأشار إلى ردِّه بقوله: (وفي «مناقب الكردري» في باب مناقب أبي يوسف: اعلَمْ أن تحليف المُدَّعي والشاهد أمرٌ منسوخٌ باطلٌ، والعملُ بالمنسوخ حرامٌ)، فتحليفُ الشاهد أو المدَّعي حرامٌ، وأَيَّد ذلك بما (قد ذكر في «فتاوى القاعدي» و«خزانة المفتين» أن السُّلطان إذا أمر قُضاتَه بتحليف الشهود: يجب على العلماء أن

---

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب أدب القاضي، مطلب: إذا مات القاضي المأذون له بالاستخلاف (٢/ ٩ _ ١٠).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، جنس في إمضاء قضاء آخر (٤/ ٢٨).

يَنصَحوا السلطانَ، ويقولوا له: لا تُكلِّف قُضاتَك أمرًا إن أطاعُوكَ فيه: يلزَم منه سُخْطُ الخالق)؛ لأنه معصيةٌ لا يُطاع فيها أُولو الأمر، (وإن عصَوك: يلزم منه سُخْطُكَ[١]... إلى آخر ما قال فيها)، أي: في «الفتاوى».

قال: «ولو أنكر الشاهدُ الشهادةَ: ليس للمُدَّعي تحليفُه[٢]. ولو قال المُدَّعى عليه: كذَب الشاهدُ، وأراد تحليفَ المدَّعي[٣]: لا يحلفه. ولو أنكَر[٤] الشهادة بعد الحكم: لم يضمَن؛ لأنه ليس برجوعٍ، بل الرجوع أن يقول: كنتُ مُبطِلًا في الشهادة. ولو قال المُدَّعي للشاهد: لي عندك شهادةٌ، وهو يُنكر: لا يُحلَّف[٥]؛ لأن الشرع أوجب اليمينَ[٦] في دعوى المال، ولم يوجب هنا»، «بيري»[٧].

[فائدة: لا يصحُّ رجوعُ القاضي عن قضائه، إلا في مسائل]

(لا يصحُّ رجوعُ القاضي عن قضائه)؛ لتعلُّق حقِّ الغير به، فلا يُمكن إبطالُه، كالشاهد لا يصحُّ رجوعه بعد الحكم بشهادته. ولو أنكر القضاءَ: فالقولُ قولُه، والمُفتَى به أن القاضي إذا قال: لم أقضِ، وقال الشهودُ: قضَى، كان القولُ للقاضي، كما في «الفواكه البدرية».

---

(١) انظر: «مناقب الإمام الأعظم» للكردري، الباب الثاني في فضل الإمام أبي يوسف رحمه الله، الفصل الثالث فيما يتعلق بكلامه (٢/ ١٢٨).

(٢) فإن كل شاهد يحتاج إلى تحليفه: لا تقبل شهادته، «بيري».

(٣) أي: أراد أن يحلف له المدعي: بالله ما يعلم أن الشاهد كاذب.

(٤) أي: الشاهد.

(٥) أنه ليس بشاهد.

(٦) على المنكر.

(٧) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٥٥).

(فلو قال: رجعتُ عن قضائي، أو وقَعتُ في تلبيس الشُّهود، أو أبطَلتُ حكمي: لم يصحَّ، والقضاء ماضٍ، كما في «الخانية»[١]).

(وقيَّده)، أي: عدم صحَّة رجوعِه بعد القضاء، (في «الخلاصة»: بما إذا كان القضاء (مع شرائطِ الصحَّة[٢])، وقد تقدَّم أوَّل كتابِ القضاء.

(وقيَّده في «الكنز» بما إذا كان القضاءُ بعد دعوى صحيحةٍ)، وهي ما يتعلَّق بها إحضارُ الخصم، ووجوبُ الحضور، والمطالبة بالجواب، ووجوب الجواب أو اليمين إذا أنكَر، والإثبات بالبيِّنة، ولزومُ إحضار المُدَّعَى، والفاسدةُ بخلاف ذلك، وهي تفسُد بشيئَين: بأن لا تكون مُلزمةً لشيءٍ على الخصم إذا ثبت، كمن ادَّعى على غيره أنه وكيلُه، وثانيها: أن يكون المُدَّعى مجهولا في نفسه، كذا في «الكافي» وغيره.

(وبعد شهادةٍ مُستقيمةٍ[٣])، كما فُصِّل في بابِها، ومُقتضاه: أنه لو علم بِفِسْق الشاهد بعد قضائه: ينقض حكمه، والمنصوصُ عليه بخلافه، كما في «الأجناس»[٤]، وهو مُقتضى التعليلِ المُتقدِّم.

(إلا في مسائلَ)، فإن له الرجوعَ ونَقْضَ الحكم:

---

(١) هذه العبارة بنصِّها في «كنز الدقائق»، مسائل شتى بعد كتاب الخنثى (ص ٦٩٠). والذي في «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، فصل فيما يقضي في المجتهدات (٢/ ٤٥٣ ـ ٤٥٤): «ولو حكم الحاكم بحكم، ثم أراد أن يرجع عنه حكمه: لا يصح رجوعه، كما لا يصح رجوع القاضي عن حكمه في موضع الاجتهاد».

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، نوع في إبطال القضاء (٤/ ٢٠).

(٣) انظر: «كنز الدقائق»، مسائل شتى بعد كتاب الخنثى (ص ٦٩٠).

(٤) حيث قال في كتاب الشهادات، نوع منه: كل موضع رد الحاكم شهادة إنسان (٢/ ١٩٠): «لو حكم الحاكم بشهادة الفاسق، ولم يعلم به، ثم علم أنه كان فاسقا: لا ينقض حكمه».

الأُولى: (إذا كان القضاءُ بعِلْمه: فله الرجوعُ عنه، كما ذكَره ابنُ وهبان استنباطًا من تقييد «الخلاصة» بالبيِّنة). قال فيها: «قضَى في حادثةٍ بالبيِّنة، ثم قال: رجعتُ عن قضائي، أو قال: بدَا لي غيرُ ذلك، أو وقَعت في تلبيس الشُّهود، أو أبطَلتُ حكمي، أو نحو ذلك: لا يُعتبر»[١]. ففهِم منه ابنُ وهبان أن قيدَ البيِّنة لإخراج القضاءِ بعلمه، قال: «فإن قضى به، ثم تبيَّن أن عِلمَه كان وَهْمًا: جاز له الرجوعُ، بل يجبُ، كأن يعترف عنده شخصٌ لآخرَ بحقٍّ، ثم غابا، ثم جاء اثنان [و]تَدَاعَيا عنده، فحكَم لأحدهما ظانًّا أنه المُعترف، ثم ظهَر له خطؤُه[٢]: يجب عليه أن يَنقُضَ قضاءَه، قال: وهذا بخلاف ما لو قضى في مُجتهَدٍ فيه، ثم رأى خلافَه: ليس له أن يرجع عن حكمه، ولا لغيره أن ينقُضَه ما لم يُخالِفْ الكتابَ والسُّنَّة والإجماع»[٣]، انتهى.

الثانية: (إذا ظهَر له خطَؤُه) من حيث الحكم، كحنفيٍّ قضَى بصحَّة هِبَة المُشاع المُحتمِل للقسمة، ثم ظهر له خطؤُه: (يجب عليه نقضُه، بخلاف ما إذا تبدَّل رأيُ المجتهد)، كما إذا قضَى في حادثة لا نصَّ فيها، ثم تحوَّل رأيُه: فإنه يقضي في المستقبل بما هو أحسنُ عنده، ولا ينقض ما مضَى من قضائه؛ لأن حُدوثَ الاجتهاد والرأيِ دون نُزول القرآن، والنبي ﷺ لم ينقُض القضاءَ الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزَل بعده[٤]، فهذا أَولى، «منح».

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، نوع في إبطال القضاء (٤/ ٢٠).

(٢) في «شرح المنظومة الوهبانية»: (ثم تبين أنه غيره).

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب أدب القاضي (١/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨). وليس فيه قوله: (فإن قضى به، ثم تبين أن علمه كان وهما: جاز له الرجوع، بل يجب).

(٤) رواه ابن أبي شيبة في «المصنف»، عن الشعبي، برقم (٢٩٧١٦).

الثالثة: (إذا قضى) مُقلِّدٌ (في مُجتهَدٍ فيه مُخالفٍ لمذهبِه)، ذاكرًا له أو ناسيًا: (فله نقضُه)، وقد مرَّ نقلا عن «شرح الوهبانية» أنه إذا قضى المُقلِّد بخلاف مذهبِه لا يصحُّ[(١)]، وقال في «خزانة الأكمل»: «إنه بلا خلاف»[(٢)]، وعلَّله في «البدائع» بأنه «قضَى بما هو باطلٌ في اعتقاده»[(٣)].

ولكـن فـي «العماديـة» فـي بعـض المواضع أن عنـد الإمـام ينفذ؛ لأنـه محلُّ الاجتهـاد، وعندهمـا: لا، وكان الإمـام الأوزجنـدي يُفتـي بعـدم النَّفـاذ، وظهيـر الديـن والصـدر الشـهيد يُفتيـان بالنَّفاذ.

ولو قضى ناسيًا لمذهبه، ثم تبيَّن له أنه مذهبُ غيرِه: ذكر في «شرح الطحاوي» أن له أن يُبطِلَه؛ لأنه قضاءٌ بما لا يَعتقِده حقًّا، فتبيَّن أنه وقع باطلا، كما لو قضى وهو مُتذكِّر، وذكر في باب القضاء أنه يصحُّ عنده، لا عندهما، وأنه إذا كان مُجتهِدًا: يصحُّ بالإجماع.

وفي «العمادية»: **الصحيح** أن مذهبَ أبي حنيفة النَّفاذُ، وعندهما: لا، يعني: في صورة النسيان، فقوله: (دونَ غيرِه)، أي: غيرِ المُجتهَد فيه[(٤)]، بأن خالَف السُّنَّة، أو الكتابَ، أو الإجماع.

---

(١) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، آخر كتاب أدب القاضي (١/ ٣٠١).

(٢) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب أدب القاضي، من «الأجناس» (٤/ ١١٠).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب آداب القاضي، فصل في بيان شرائط الجواز (٧/ ٥).

(٤) في هامش (خ): (قوله: أي: غير المجتهد فيه. في «الحموي» خلافه، فانظره، انتهى). قال في «غمز العيون» (٢/ ٣٩٢): «إطلاق «الغير» يتناول من يرى صحة ما حكم به الأول، ومن يرى عدمها. فالأول: كحنفي حكم بعدم صحة شفعة الجار الملاصق، فرفع حكمه إلى شافعي يرى صحة حكم المذكور، أو إلى حنفي يرى صحتها كالأول الحاكم (؟) بخلاف مذهبه».

(كما في «شرح المنظومة»)، أي: الوهبانيَّة، وهو الذي نقَلناه.

[فائدة: أمرُ القاضي حكمٌ، إلا في مسألة]

(أمرُ القاضي حكمٌ)، وجزم «العمادي» و«جامعُ الفصولَين» أنه لا يكون حكمًا[1]، وحكى ما ذكره هنا بـ«قيل»، ووافَقهما في «البحر»[2]، (كقوله)، أي: القاضي للمُدَّعى عليه بعد إقامة البُرهان، (سلِّم المحدود) المُدَّعى به (إلى المدَّعي، كالأمر بدَفْع الدَّين)، فإنه حكمٌ، (و)كـ(الأمرِ بحَبْسِه)، أي: المديون، فإنه حكمٌ، ولم يحكُوا فيه خلافًا، وكالأمر بأخذِ الدَّين.

(إلا في مسألةٍ) ذكَرها (في «العمادية» و«البزَّازية») لا يكون الأمرُ فيها حكمًا، وهي: (وقف على الفقراء، فاحتاج بعضُ قَرابة الواقف، فأمر القاضي بأن يُصرَف شيءٌ من الوقف إليه)، أي: ذلك البعض، (كان) ذلك الأمرُ (بمنزلة الفتوى)، لا حكمًا، (حتى لو أراد الناظرُ أن يُصرِفَه)، أي: شيئا من الوقف، (إلى فقيرٍ آخرَ) غير القريب: (صحَّ) إذا لم يحكُم بأن لا يُصرَف إلا إليه، «بيري»[3].

قال في «البحر»: «قال للمدَّعى عليه: سلِّم هذه الدار [إليه]، بعد إقامة البُرهان: لا يكون قضاءً، ما لم يقُلْ: قضَيتُ، أو أنفَذتُ عليك قضائي، ومثلُه: لا أرى لك حقًّا [في هذه الدار]، لا يكون قضاءً، لكن ذكر شمس الأئمَّة أنه حكمٌ»[4].

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٥).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٧٨).

(٣) كذا في النسخ. وليس في «عمدة ذوي البصائر» تعليق على «الأشباه» في هذه المسألة. وقد ذكره في «البحر الرائق» معزيا إلى «الظهيري». والله أعلم.

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٧٨).

وفي «القنية»: «قولُ القاضي: حكَمتُ أو قضيتُ، ليس بشرط، وقولُه: ثبت عندي، يكفي، وكذا إذا قال: ظهَر عندي، فهذا كله حكمٌ في **المختار**»، انتهى.

واختار شمسُ الأئمَّة الأوزجندي أنه لا بدَّ أن يقول: حكَمت، وما يجري مَجراه، ولا يكون قولُه: ثبت عندي، حكمًا، ثم نقل عن الناطفي تصحيحَ أن «حكمت» ليس بشرط، وأن «ثبت عندي» حكمٌ، انتهى.

فبهذا عُلم أن كونَ الأمر حكمًا قولُ شمسِ الأئمَّة، وأن المسألةَ المُستثناةَ فتوى ما لم يقُلْ: حكمت بأن لا يُصرَف إلا إليه، أو لا يُعطى غيرُه، فإنه ينفُذ، كما في «الفتح»[١].

[فائدة: فعلُ القاضي حكمٌ منه]

(فعلُ القاضي حكمٌ منه)، كما صرَّح به محمدٌ في «الأصل»، وقاضي خان وشمسُ الأئمَّة السرخسي، وصاحبُ «التجنيس»، و«التتمَّة»، و«الذخيرة»[٢]؛ قال في «الأصل»: «إذا حضَرت الورَثةُ القاضي، وطلَبوا القسمةَ، وفيهم وارثٌ صغيرٌ أو غائبٌ، والتَّركة عقارٌ، قال أبو حنيفة: لا أقسم بينهم بإقرارهم حتى يُقيموا البيِّنةَ على الموت وأنَّهم ورَثتُه، وقال محمد وأبو يوسف: نقسم ذلك بإقرارهم، فأبو حنيفة قال: لا أقسم بقولهم، ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم؛ لأن قسمة القاضي قضاءٌ منه[٣]»[٤]، انتهى.

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٤٢).

(٢) قال في «المحيط البرهاني»، كتاب الشهادات، الفصل الثالث عشر في شهادة الوارث بالوصية والرجوع عنها (١٣/ ٣٣١): «وتسليم القاضي وقسمته قضاء منه».

(٣) في هامش (خ): (قوله: لأن قسمة القاضي قضاء، يجب حمله على حالة التنازع بين المتقاسمين، وإلا فلا معنى لجعل مجرد القسمة قضاء، ولا يتوهم غير ذلك أصلا، انتهى).

(٤) عبارة «الأصل» (٣/ ٢٧٤): «وإن كان في الورثة صغير، أو كبير غائب، والدار في أيدي الكبار =

فهذا نصٌّ في أن فعلَ القاضي ـ وهو القسمةُ ـ حكمٌ، فانتفَت الشُّبهةُ.

وإذا زوَّج الصغيرَ أو الصغيرةَ: لا يكون لهما خيارُ البلوغ على إحدى الرِّوايتَين عن أبي حنيفة، فلو لم يكن فعلُه حُكمًا لثبت لهما الخيارُ، كما في تزويج العمِّ ونحوه. وكذلك لو أقرض مالَ اليتيم لمَلِيءٍ، فتلِف المالُ أو مات مُفلِسًا: لا يضمن، فلم لم يكن فعلُه حكمًا لضمِن.

قال العلامة ابن الغرس: **والحقُّ** أن فعلَه ليس حكمًا، ونَمنَع المُلازمةَ في الأُولى، كيف؟ والخيار مُنتفٍ في تزويج الأب والجدِّ، مع أن فعلَهما ليس حكمًا البتَّة.

وفي «البحر» و«الزيلعي»: «**الأصحُّ** ثبوتُ الخيار في تزويج القاضي، وكذا الكلام في المُلازمة الثانية، بل أَجْلى؛ إذ الأُمَناءُ غيرُ ضامِنين لما تلِف بأيديهم بدون التعدِّي. ولنا أن نستدِلَّ على أن فعلَه ليس بحكم بتعريفهم القضاءَ بأنه إنشاءُ إلزامٍ فيما يقع فيه النِّزاعُ بين الناس، والإنشاءُ إن أُريد به غيرُ الخبَر: فالفعلُ ليس من هذا القَبِيل؛ لأن الإنشاء قسمٌ من الكلام مقابِلٌ للخبَر، وإن أُريد به ما قابَل العدمَ: فهو أعمُّ من الفعل وغيره، والظاهر أن مرادَهم بالفعل ما صدر عن القاضي بالتعاطي من غير لفظِ «قضيتُ» و«حكمتُ» ونحوِه؛ بدليل التزويج والبيع في المسألتَين المُتقدِّمتَين. وعُرِّف القضاءُ بأنه الإلزامُ في الظاهر، على صيغة مخصوصةٍ، بأمر ظنَّ لزومُه في

= والحضور، فأقروا بأنه ميراث بينهم، وأرادوا القاضي على قسمتها بينهم: فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا أقسمها حتى تقوم البينة على أصول المواريث، ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم؛ لأن قسمة القاضي قضاء منه. وقال أبو يوسف ومحمد: أقسمها بينهم، وأعزل حق الغائب وحق الصغير، وأشهد الشهود أني قسمتها بينهم على إقرار هؤلاء الحضور؛ فإن الغائب والصغير على حجته إن كانت لهما».

الواقع شرعًا. ثم قال: وقولُنا: على صيغة مخصوصةٍ، فصلٌ مُخرِجٌ لمُطلَق الإلزام؛ إذ المُعتبَرَ هنا الإلزامُ بصيغته الشرعيَّة، كـ: ألزَمتُ، وقضَيتُ، وحكَمتُ، وأنفَذتُ عليك القضاء»[١]، انتهى.

وفي «البحر»: «وأما فعلُه، فعلى وجهَين: فما لم يكُن موضعًا للحكم فليس بحكم قطعًا، وما كان موضعًا له، أي: محلًّا، فقد اختلفوا فيه، وله صُوَرٌ؛ منها: ما إذا أذِنَتْه بالغةٌ عاقلةٌ في تزويج نفسها، فزوَّجها: فإنه وكيلٌ عنها، ففعلُه ليس بحكم، كما في «القاسمية»[٢]، ومنها: شِراؤُه وبيعُه مالَ اليتيم، ومنها: قِسمة القاضي العقارَ، إلى غير ذلك، فجزَم في «التجنيس» بأنه حكمٌ، ولهذا لو زوَّج اليتيمةَ من ابنه: لم يجُزْ. وردَّه في «الفتح» بأنه ليس بحكمٍ لانتفاء شرطِه، وهو الدعوى، والإلحاق بالوكيل يكفي للمنع؛ لأن الوكيل ليس له أن يُزوِّج اليتيمةَ من ابنه، فكذا القاضي، وما ذكره في «اليتيمة» من أن القاضي لو باع مالَ اليتيم من نفسه: لا يجوز، كذلك إلحاقُه بالوكيل يكفي للمنع فيها، وكذا ما ذكره في «الذخيرة» من أن الإمام والقاضي لا يَبيعان الغنيمةَ من أنفُسهما؛ لأن بيعَهما حكمٌ لأنفُسهما، وهو لا يجوز[٣]. فالأَولى أن يُقال: إن الحكم القوليَّ يحتاج إلى الدعوى، والفعليَّ لا، كالقضاء الضِّمنيِّ تصحيحًا لكلامهم»، انتهى كلامُ «البحر»[٤].

وجزَم في «القاسمية» بأنه نائبٌ، وأن فعلَه لا يكون حكمًا، فلو رُفع إلى مُخالفٍ: فله نقضُه.

---

(١) لم أجد هذا النقل في «البحر الرائق»، ولا في «تبيين الحقائق».

(٢) ذكر هذه الصورة في «البحر» فيما لم يكن موضعا للحكم.

(٣) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب السير، الفصل الحادي والعشرون في بيع الغنائم وما يتصل به (٧/ ٣٤).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٧٩).

فالحاصل: أن الكمالَ، وتلميذه قاسم، والعلامة ابن الغرس رجَّحوا أن الفعل ليس بحكم، والمصنِّف رجَّح هنا أنه حكمٌ، وفي «البحر» أنه ليس بحكم، لكن في «البحر» وفَّق بين القولَين، فليُتأمَّل[1] عند الفتوى.

[فرع: ليس للقاضي أن يُزوِّج اليتيمةَ من نفسه]

فإذا كان فعلُه حكمًا: (فليس له أن يُزوِّج اليتيمةَ التي لا وليَّ لها من نفسه، ولا من ابنِه، ولا ممَّن لا تُقبل شهادتُه له)؛ لأنه يكون حاكمًا لنفسه، وهو لا يحكُم لنفسه بالإجماع.

وقد تقدَّم عن «الفتح» أن إلحاقَه بالوكيل يكفي للحكم، مُستغنيًا عن جعل فعلِه حكمًا مع انتفاء شرطه، وهو أن يصير الحكمُ حادثةً، فتجري فيه خُصومةٌ صحيحةٌ عند القاضي من خصم على خصم، وهو مُنتفٍ هنا.

ويَرِدُ على أنه لا يحكُم لنفسه ما قالوا: إن للقاضي تعزيرَ أحدِ الخصمَين إذا أساءَ الأدبَ بين يدَيه، مع أنه ليس فيه شرطُ الدعوى للحكم، إلا أن يقال: إن هذا استحسانٌ من المشايخ صيانةً لمجلس الشرع، وحَسْمًا لمادَّة الفساد، تأمَّل.

[فرع: ليس للقاضي بيع ماله من يتيم ولا عكسُه]

(وأما إذا اشترى القاضي من مالِ اليتيم لنفسه، أو من وصيٍّ أقامَه، فمذكورةٌ في «جامع الفصولين» من فصل تصرُّف الوصيِّ والقاضي في مال اليتيم، فقال: لم يجُزْ بيعُ القاضي مالَه من يتيم، وكذا عكسُه[2])، أي: شراؤه منه؛ لما أن «بيعَ

---

(١) في هامش (خ): (قوله: فليتأمل... إلخ. تأملنا، فعلمنا أنه لا يجوز عما فهمه ابن المحقق وأتباعه؛ لموافقته لتعريف الحكم، وهو فصل الخصومة بين المتنازعين، انتهى).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي (٢/ ١٥).

القاضـي قضاءٌ، وأنـه لا يصلُح أن يكون قاضيًا لنفسـه»، كما فـي «الخانية»[١].

(وأما ما شراه[٢])، أي: القاضي، (من وصيِّه)، أي: وصيِّ اليتيم، (أو باعَه من يتيمٍ وقبِله وصيُّه: فإنه يجوز، ولو) كان ذلك الوصيُّ (وصيًّا من جهة القاضي)؛ لأن وصيَّ القاضي نائبٌ عن الميت، لا القاضي، بخلاف الأمين، فإنه كالقاضي، انتهى.

قال الإستروشني: نصبُ الوصيِّ من أعمال القضاء[٣]، وليس بقضاء.

[فرع: باع القاضي ما وقَفه المريضُ في مرض موته، فظهَر له مالٌ آخرُ]

(ولـو بـاع القاضـي مـا وقَفـه المريـضُ فـي مـرض موتِـه)، متعلِّقٌ بـ«وقَفه»، (بعـد موتـه)، أي: المريـض، متعلِّـق بـ«بـاع»، (لـ)أجـلِ (غُرمائـه)، أي: المريض، وحكـم بإبطـالِ الوقـف، (ثم ظهَر مـالٌ آخرُ) يُوفـي[٤] دَينَـه: (لم يبطـل البيع)؛ لأن فعلَـه حكـمٌ، (ويشـتري بالثمـن)، أي: ثمـن الوقـف الـذي باعـه، (أرضًـا تُوقَـف) مـكانَ الأُولـى، وذلك (بخـلاف الوارث إذا بـاع الثُّلُثَيـن) مما وقَفـه المريضُ (عند عـدم الإجـازة)، أي: إجـازة الـوارث، ثـم ظهر له مـالٌ آخـرُ، (فإنه) لا يبطـل البيع، و(يشـتري بقيمـة الثُّلُثَيـن أرضًـا تُوقف)، فدلَّ علـى أن فعلَ القاضـي وفعل الوارث واحـدٌ مـن جهـة عـدمِ النقـض والشِّـراءِ بثمـن المبيـع محـلًّا يوقَـف، إلا أن الفرق بينهمـا مـا ذكـره بقولـه: (لأن فعـلَ القاضي حكـمٌ، بخـلاف غيـره)، أي: الوارث،

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٢/ ١٥٠).

(٢) كذا في نسخ «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون» و«البيري». وفي (ع): (شراؤه). وفي (خ): (وأما شراؤه من وصيه، أو بيعه من يتيم).

(٣) في هامش (خ): (قوله: من أعمال القضاء، في «العمادية»: ليس بقضاء، ولا من أعمال القضاء، فتدبر، انتهى).

(٤) في النسخ: (يوف)، ولعل الصواب ما أثبت.

فإذا رُفِع لقاضٍ لا يراه له أن يُبطِله، بخلاف بيع القاضي، (كما في «الظهيرية» من الوقف).

[مسائلُ مُستثناةٌ من الفائدة السابقة]

(إلا في مسألةِ ما إذا أعطى القاضي فقيرًا من وقف الفقراء) الموقوفِ عليهم، (فإنه ليس) فعلُه (بحكمٍ)، بل فتوى، (حتى كان له أن يُعطِيَ غيرَه، كما في «جامع الفصولين»[1])، وقد تقدَّم. وهو مُقيَّدٌ بغير ما جعَله القاضي وأثبَته له، أو كان من فقراء القرابة وحكَم له به.

قال العيني في «منتخب المحيط الرضوي»: «لو قال: أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ على الفقراء: يدخُل فقراءُ قرابته وأولادُه أيضًا، وصرفُ الغلَّة إليهم أَولى من صَرْفها إلى الأجانب، ثم الصرفُ إلى ولد الواقفِ أوصَلُ؛ لأنه أقربُ إلى الواقف، كذا ذكر هلالُ بنُ يحيى مطلقًا، وقال بعض المشايخ: إن نازَع الأقرباءُ غيرَهم في ذلك: لا يُعطَون شيئًا، وإن لم يتنازعوا: يُعطى لهم بعضُ الغلَّة، ويُعطى للأجانب البعضُ، أو يعطى لهم في بعض الأوقات، وإن أعطى القاضي بعضَ القرابة، ولم يُقضَ لهم بذلك، ولم يجعَلْه ثابتةً في الوقف: كان لقاضٍ آخرَ أن ينقُضَ ذلك؛ لأن فعلَه كفعلِ الواقف»[2]، انتهى.

لكن قدَّم المُصنِّف في القاعدة الخامسة أن تقرير القاضي في المَرتباتِ غيرُ

---

(١) عبارته (١/ ١٣٤): «وقف على فقراء، فاحتاج بعض قرابته، ورفع الأمر إلى القاضي، فأعطاهم منه: لم يكن حكمًا، ولكنه بمنزلة الفتوى، فله أن يرجع في المستقبل، بأن يعطي غيرهم من الفقراء جميع الغلة».

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٥٨).

لازم، إلا إذا حكم بعدم تقريرِ غيره، فيَلزم، وهي في «أوقاف الخصَّاف»[١]، فليُتأمَّل.

(و)إلا (فيما أذِن الوليُّ للقاضي في تزويج الصغيرة، فزوَّجها القاضي: كان وكيلا عن الوليِّ، فلا يكون فعلُه حكمًا، حتى لو رُفِع عقدُه)، أي: القاضي، (إلى مخالفٍ: له نقضُه، كذا في «القاسمية»).

(فالمُستثنى) من أن فعله حكمٌ (مسألتانِ): مسألة وقفِ الفقراء، ومسألة توكيل الوليِّ له.

إذا علِمتَ ذلك: (فقولُهم)، أي: أصحابنا، (إن فعلَه حكمٌ، يدلُّ على أن الدعوى) إنما هي (شرطٌ للحكم القوليِّ، لا للفعليِّ)، يُشير بذلك إلى الردِّ على القائلين بأنه ليس بحكم لانتفاء شرطِه، وهو الدعوى، فليُتنبَّهْ له، وهذا توفيقٌ منه، (وقد ذكرناه في «الشرح»)، كما نقلناه عنه سابقًا.

[مطلب: في منع المُقِرِّ أو المُقَرِّ له الشاهدَ من الشهادة]

(إذا قال المُقِرُّ لسامعِ إقرارِه: لا تشهَدْ عليَّ، وسِعه أن يشهَد عليه)؛ لتعلُّق حقِّ المُقَرِّ له بشهادته، فلا يعمل نَهْيُه، (كما في «الخلاصة»[٢]، إلا إذا قال المُقَرُّ له: لا تشهَدْ عليه بما أقرَّ به، فحينئذ لا يسَعُه) أن يشهد عليه، (كما في «التاتارخانية» من حِيَل المُدايَنات)؛ لأن مَنْعَه الشاهدَ من الشهادة يُحمَل على أن المُقِرَّ مُبطِلٌ في إقراره، (ثم قال) في «التاتارخانية»: (واختلفوا فيما إذا رجَع المُقَرُّ له، وقال: نهَيتُكَ لعُذْرٍ، وطلَب منه الشهادةَ، قيل: يَشهد، وقيل: لا يشهد)، وكان أبو علي النسفيُّ مُتردِّدًا

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٥٨).

(٢) قال في «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل السابع في الشهادة على الشهادة (٤/ ٨٢): «ولو أقر رجل بمال لإنسان، ثم قال: لا تشهد علي بما سمعت: يسعه الشهادة».

فيما إذا قال المُدَّعي للشاهد: لا تشهَدْ، ثم طلب منه الشهادةَ، وقال: إنما نَهيتُكَ لعُذر، قال بعضهم: لا يسَعُه أن يشهد[١]، ويصحُّ؛ لأنه كالوكيل إذا عزَله مُوكِّلُه، وهو الأصحُّ، وذكر شمسُ الأئمَّة السرخسي أنه لا يصح نَهْيُه.

وفي «حاوي القنية»: «أخبَر رجلان أن هذه الأرض صدقةٌ موقوفةٌ على كذا: يجوز للسامع أن يشهد، وإن جحَد المُخبِران»[٢]، انتهى.

[مطلب: في استحلاف غريم الميِّت في دَين ثبت بالإقرار مريضًا]

(يُحلِّف القاضي غريمَ الميِّت بأن الدَّين واجبٌ لكَ على الميِّت، وما أبرَأْتَه منه، ولو) كان الدَّينُ (ثابتًا بإقرارِ المريض في مرض موته، كذا في «التاتارخانية») من كتاب الحِيَل.

قال فيها: «قال أبو علي النسفيُّ: وكنا نظُنُّ أن الدَّين إذا ثبت بإقرار المريض في مرضِه أنه لا يُستحلَف الغريمُ، بل يُعطى حقَّه بغير يمين؛ لأنه ذكر في «المبسوط» في مواضعَ أن المريض إذا أقرَّ في مرضه [بالدُّيون] للغُرماء: فإنهم يُعطَون ذلك، ولم يشترط اليمينَ، وذكر الخصَّافُ اليمينَ هنا، وهذا شيء استُفيد من جهته»[٣]، انتهى.

وهل هذا التحليف واجبٌ أو مندوب؟ قال المقدسي: لم أرَه[٤].

---

(١) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الحيل، الفصل الرابع عشر في الحيلة في المداينات (١٠/ ٤٠٨).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٥٨).

(٣) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الحيل، الفصل الخامس والعشرون في الحيلة في أفعال المريض (١٠/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥).

(٤) كذا في «غمز العيون» (٢/ ٣٩٥).

«ولا خُصوصيَّة للدَّين في التحليف، بل كلُّ موضع يدَّعي حقًّا في التركة، وأثبَته بالبيِّنة: يُحلَّف»، كما في «الولوالجية»(١).

وقيَّد بالقاضي؛ لأن للوصيِّ أن يدفع إذا أقرَّ به الميِّتُ عنده؛ قال في «الملتقط»: «وصيٌّ علِم بدَين الميِّت بإقراره أو بالمُعايَنة: يؤدِّي، وإن كان بالشهادة: لا يُؤدِّي قبل القضاء، فإن خاف أن يضمن، وقد علِم بالدَّين بالإقرار: لا يؤدِّي، كذا عن خلَف وشدَّاد»(٢)، انتهى.

وإذا قالت الورَثةُ: لا نَستحلِفه، لا يَلتفت القاضي إلى ذلك، ولا يدفع له شيئًا حتى يستحلِفه؛ لأن اليمين ليست للوَرَثة، بل للميِّت؛ لأنه قد يكون له غريمٌ، انتهى.

وفي «الخانية(٣)»: «لو مات، وعليه دينٌ مُحيطٌ بماله أو بأكثره، فادعى رجلٌ على الميِّت دينًا، وعجَز عن إقامة البيِّنة، قال أبو يوسف(٤): ليس له أن يَستحلِف أصحابَ الدُّيون أو الورثة، وإن كان له بيِّنةٌ: يُقيمها على الوصي، وإن لم يكن للميِّت وصيٌّ: نصَب له القاضي وصيًّا، فإن كان في مالِ الميِّت فضلٌ عن الدُّيون: كان له أن يستحلِف الورَثة»(٥)، انتهى.

---

(١) عبارة «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الدعوى، الفصل الرابع فيما يحلف (٤/ ١٩١): «رجل ادعى دينا في التركة، وأقام البينة، فإن القاضي يحلفه: بالله تعالى ما استوفيته، ولا شيئا منه، وهذا ليس في هذا الموضع خاصة، بل في كل موضع يدعي حقا في التركة، وأثبته بالبينة، فإنه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه، وهو مثل حقوق الله تعالى، يحلف من غير دعوى».

(٢) لم أجده في «الملتقط». ونقله البيري (٢/ ١٦١) عنه ثم قال: «فقد علم بهذا أن تحليف صاحب الدين مخصوص بالقاضي».

(٣) في (خ): («التاتارخانية»).

(٤) كذا في النسخ. وفي «الخانية»: (أبو نصر).

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوصايا، فصل في مسائل مختلفة (٣/ ٥٠٩ ـ ٥١٠).

[فائدة: تجوز إقامة البيِّنة على المُسخَّر إذا لم يعلَم القاضي أنه مُسخَّر]

(إنما تجوز إقامةُ البيِّنة على المُسخَّر[١])، ينصِبه القاضي وكيلا عن الغائب لتُسمع الخصومةُ عليه[٢]، (إذا لم يعلم القاضي بأنه مُسخَّر، وإن علم به: فلا إثباتَ عليه)، كما لو غاب رجلٌ، فادَّعى رجلٌ على آخرَ أن الغائب وكَّله بطلبِ كلِّ حقٍّ له والخصومةِ فيه، فأنكر المُدَّعى عليه الوكالة، فأقام بيِّنةً عليها، فقضى القاضي بالوكالة عنه، فإن لم يعلم القاضي أنه مُسخَّر: جاز، وإلا فلا.

وقيل: هذا مبنيٌّ على جواز الحكم على الغائب وعدمه، فمَن قال بجوازه: قال بجوازه، ومن لا فلا، قال في «الدر»: «وهو **المختار**»[٣].

ومَن لا يقول بجوازه: الإمامُ ظهير الدين، فإنه كان يُفتي بعدم جواز الحكم على الغائب لئلَّا يتطرَّق إلى هدم مذهبِ الأصحاب، ولكن إذا رُفع

---

(١) الوكيل المسخَّر: من نصبه القاضي وكيلا عن المُدَّعى عليه لغيابه، أو لما فيه حكم الغياب. «معجم لغة الفقهاء» (ص ٥٠٩).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٩٥).

(٣) الذي في «الدر المختار»، كتاب القضاء (ص ٤٧٢): «ولو قضى على غائب بلا نائب: ينفذ في أظهر الروايتين عن أصحابنا. ذكره منلا خسرو في باب خيار العيب. وقيل: لا ينفذ، ورجحه غير واحد. وفي «المنية» و«البزازية» و«مجمع الفتاوى»: وعليه الفتوى، ورجَّح في الفتح توقفه على إمضاء قاض آخر، وفي «البحر»: والمعتمد أن القضاء على المسخر لا يجوز إلا لضرورة، وهي في خمس مسائل: اشترى بالخيار فتوارى اختفى المكفول له؛ حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن؛ جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب؛ الخامسة: إذا توارى الخصم، فالمتأخرون أن القاضي ينصب وكيلا في الكل، وهو قول الثاني، «خانية». قلت: ونقل شراح «الوهبانية» عن «شرح أدب القاضي» أنه قول الكل، وأن القاضي يختم بينته مدة يراها ثم ينصب الوكيل».

لقاضٍ آخر أمضاه، وقيل: لا، ورجَّحه[١] في «الفتح»[٢]، وقد مر.

وقال في «المنتقى»: «الحكم على الغائب لا ينفُذ، **وعليه الفتوى**»، انتهى.

وفي «البحر»: «**والمُعتمَد** أن الحكم على المُسخَّر لا يجوز، والمُجوِّز له خواهر زاده؛ لأنه أفتى بنَفاذ القضاء على الغائب، وهو عينُ القضاء على الغائب»[٣].

وفيه أيضًا: «الحكمُ على الغائب فيه روايتان، ويُفتى بعدم النفاذ»[٤]، بل لا بد للقضاء على الغائب إما من حضور نائبِه حقيقةً، كوكيلِه ووصيِّه ومُتولِّي الوقف، أو شرعًا، كوصيِّ القاضي، أو حكمًا، بأن يكون ما يدَّعي على الغائب سببًا لما يدَّعي على الحاضر، كما إذا بَرهَن على ذي يدٍ أنه اشترى من فلان الغائب، فحكَم على الحاضر: كان حكمًا على الغائب.

وفي «المنح»: «لا يقضي على المُسخَّر إلا لضرورة، كما إذا علَّق المديونُ العتقَ أو الطلاقَ على عدم قضائه اليومَ، ثم تغيَّب الطالبُ، وخاف الحالفُ الحِنْثَ: فإنَّ القاضي ينصب وكيلا عن الغائب ويدفَع الدَّين إليه، ولا يحنث الحالف، **وعليه الفتوى**، «خانية»[٥]؛ أو «اشترى بخيارٍ، فأراد الردَّ في المدَّة، وتغيَّب البائعُ، فطلب المشتري من القاضي أن ينصب وكيلا عن البائع ليَرُدَّه عليه، فقيل: ينصب، وقيل:

---

(١) أي: الإمضاء.

(٢) قال في «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣١١): «والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن نفاذ القضاء على الغائب موقوفٌ على إمضاء قاضٍ».

(٣) «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي، القضاء على خصم غير حاضر (٧/ ٢٠).

(٤) انظر: «البحر الرائق» (٧/ ١٩).

(٥) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأيمان، فصل في اليمين المؤقتة (٢/ ٢٨).

لا، وإذا لم ينصب فطلب المشتري من القاضي الإعذارَ: فعن محمد فيه روايتان: يعذر في رواية، فيَبعث مُناديًا ينادي على باب البائع أن القاضي يقول: إن خصمَك فلانا يريد الردَّ عليك، فإن حضرتَ وإلا نقضتُ البيعَ، ولا ينقضه بلا إعذار، وفي رواية: لا يعذر القاضي»، كذا في «جامع الفصولين»[1]؛ أو كفَل بنفسه إن لم يُوافِ به غدًا فدَينُه على الكفيل، فغاب الطالبُ ولم يجِدْه الكفيلُ حتى مضى الغدُ: لزمه المالُ، ولو رفع الكفيلُ الأمرَ إلى القاضي، فنصَب وكيلا عن الطالب، وسلَّم إليه المكفولَ عنه: يَبْرأ، وهو خلافُ ظاهر الرواية، وإنما هو روايةٌ عن أبي يوسف؛ أو إذا توَرَاى الخصمُ: فالقاضي يُرسِل أمينًا يُنادي على بابه ثلاثةَ أيام، ثم ينصِب عنه وكيلا للدعوى، وهو قولُ أبي يوسف، استحسنه وعمِل به.

[فائدة: إثباتُ التوكيل عند القاضي بلا خصم جائزٌ]

(إثباتُ التوكيل عند القاضي بلا خصمٍ جائزٌ إن كان القاضي عرَف المُوكِّلَ باسمِه ونسَبه)؛ لأن القضاء يُشترَط له معرفةُ المَقضِيِّ عليه وله، والمُوكِّل وقتَ القضاء غائبٌ، والغائب إنما يُعرف باسمه ونسَبه، فيشترط ذلك ليكون الحكمُ لمعلومٍ على معلوم. «فإن قال المُوكِّل: أنا أُقيم البيِّنَةَ بأنِّي فلان بن فلان؛ لتقضِيَ بوكالتي لهذا الرجل، فإنَّ القاضي لا يَسمع هذه البيِّنة؛ لأنه ليس معه خصمٌ جاحدٌ، فإذا حضر بعد ذلك إلى القاضي، وطلَب منه إثباتَ حقٍّ: كلَّفه إلى إثبات أن الذي وكَّله فلان بن فلان الفلاني، وتُقبل لقيامها على الخصم»، «بيري»[2].

وما ذكره المُصنِّف هنا مُخالِفٌ لما سيأتي عن «الكافي» و«القُنية» أنه لا يجوز

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الخامس في القضاء على الغائب (١/ ٣٩).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٦٢).

إثباتُ الوكالة والوَصاية بلا خصمٍ حاضرٍ، ولو قضى بها: جاز؛ لأنه قضاءٌ في المُختلَف فيه، انتهى.

والتوفيقُ بينهما بأن ما ذكره هناك محمولٌ على أنه لا يعلمه القاضي باسمه ونسَبه: فيه أنه يَؤُول إلى أن للقاضي أن يقضيَ بعلمه، وهو خلافُ المُفتى به[1]، تأمَّل.

[فائدة: لا ينعزل القاضي بالرِّدَّة والفِسق]

(لا ينعزِل القاضي بالرِّدَّة والفِسق)؛ لأن الرِّدَّة فسقٌ، ولا ينعزل به في ظاهر الرواية، وقيل: ينعزل، وأفتى بها جماعة.

وفي «الواقعات الحسامية» أنه «لا[2] ينعزل بالرِّدَّة، **وعليه الفتوى**؛ لأن الكُفر لا ينافي ابتداءَ القضاء، فهو إحدى الروايتَين، حتى لو قُلِّد الكافرُ، ثم أسلَم، هل يحتاج إلى تقليد آخر؟ فيه روايتان»، انتهى.

هذا مع الاتفاق على أنه لا يصحُّ حكمُه حالَ رِدَّته، فلا يلزم استمرارُ ولايته على المُسلم المَنفيِّ بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وفائدةُ الخلاف في أنه ينعزل بالفسق أو الرِّدَّة أو لا: أنه هل يحتاج إلى تجديد توليةٍ أو لا؟

وقيَّده بالقاضي؛ لأن المُحكَّم ينعزل بالرِّدَّة اتفاقًا؛ إذ لا حرجَ في عزلِه، بخلاف القاضي، فإن فيه حرجًا وإشاعةً للفاحشة، وهذا مُقيَّدٌ بما إذا لم يكن مشروطًا في توليته، وإلا فينعزِل اتفاقًا، وقد مرَّ مرارًا.

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦).

(٢) قوله: (لا)، ليس في (ع).

[مطلب: في انعزال الوالي أو القاضي بالعلم]

(ولا ينعزل والي الجُمعة بالعلم بالعَزْل حتى يَقدَم الثاني. واختلف المشايخُ في القاضي، هل ينعزل) بالعلم أو لا؟ وهذا الخلافُ (إلا أن يكون مكتوبًا في المَنشور: إذا أتاك كتابي فقد عزَلتُك، فحينئذ لا ينعزل القاضي إلا به)، أي: بالكتاب.

وهل له أن يَعزِل نفسَه؟ ليس له ذلك، ولا ينعزل إلا إذا علِم السُّلطانُ به ورضِي بعَزْله. وإذا كان نصَّ له السلطانُ في منشوره أن يتولَّى سنَةً لا غير، ثم لم يأتِ قاضٍ من طرَف السُّلطان، هل يبقى على قضائه أو لا؟ الظاهرُ أنه ينعزل بمُضِيِّ الوقت، وهي حادثة الفتوى.

[مطلب: في كتابة القاضي حُجَّةَ الإبراء والاستيفاءِ والطلاق في غَيبة الخصم]

(طلَب من القاضي كتابَ حُجَّة الإبراء في غَيبة خصمِه: لم يكتُب له عند أبي يوسف، خلافًا لمحمَّد)، يعني: لو ادَّعى المطلوبُ أن الطالب قد أبرَأني عن كلِّ قليل وكثير، أو قال: قضَيتُ الدَّين الذي له عليَّ، وأقام على ذلك بيِّنةً، وقال للقاضي: إني أُريد أن أقدَم للبلدة التي هو فيها، وأخاف أن يطلُبَ المالَ ويَجحَد الإبراءَ أو الاستيفاء، وشُهودي هنا، فاسمَعْ من شُهودي، واكتُب لي إلى قاضي ذلك البلد: فإنه لا يَسمَع شُهودَه، ولا يكتُب له على قول الثاني، ويكتُب على قول الثالث حذرًا من تضييع الحقوق[1].

(وأجمَعوا على أنه يكتُب له حجَّة الاستيفاء)، أي: لو قال: جحَدني الاستيفاءَ،

---

(١) «غمز العيون» (٢/ ٣٩٧ـ ٣٩٨).

وخاصَمني مرَّةً، وأخافُ أن يُخاصِمني مرَّةً أخرى، فاسمَع من شُهودي، واكتُب لي إلى قاضي ذلك البلد: أجمعوا أنه يكتُب»، «حموي»[١].

ووجهُ قولِ محمدٍ: أن جواز كتابِ القاضي إلى القاضي باعتبار الحاجة، والحاجةُ هنا ثابتةٌ؛ لأنه إذا قدِم تلك البلدةَ، وادُّعِي عليه: يحتاج إلى العَود إلى بلدة الشُّهود وأخذِ كتابٍ منه، وفيه حرجٌ، بخلاف ما إذا قال: جحَدني الاستيفاءَ، فإن الجُحود صار مُخبرًا به.

ووجهُ قول أبي يوسف: أن الدعوى لم تتوجَّهْ بعدُ، والقضاء شُرع لقَطْع الخصومات، لا لتهييجِها، وفي هذا تهييجٌ للخصومة؛ ألا ترى أنه لو أحضَره، وادعى عليه الإبراءَ أو الاستيفاء: لم يُسمَع منه، ولا تُقبل البيِّنةُ، ففي الغائب أَولى، بخلاف ما لو قال: خاصَمني مرَّةً، فإن الدَّعوى قد هاجَتْ، والقضاءُ لقَطْعِها.

والحاصل: أن حقيقة الجُحود تُشترط لصحَّة الدعوى على الحاضر، فكذا على الغائب، انتهى[٢].

(و)أجمَعوا على أنه يكتُب (لها حُجَّة الطلاق)، بأن أحضَرت زوجَها، وادَّعت عليه أنه طلَّقها، أي: ثلاثًا، وانقَضت عدَّتُها، وتزوَّجت بآخرَ، وأخاف أن يُنكر الطلاق، فاسْأله واكتُب حتى إذا أنكَر أقَمتُ عليه البيِّنة: فإن القاضي يسأله ويكتُب. وقياسُ ما سبَق أن لا يسأَله على قول الثاني، لكن ترَكناه احتياطًا في أمر الفُروج.

---

(١) «غمز العيون» (٢/ ٣٩٨).

(٢) في هامش (خ): («شيخنا» نقلا عن «تنوير الأذهان»). انظر: «تنوير الأذهان والضمائر» (ل/ ١٤٨/ ب).

ويُلحَق بما تقدَّم:

ما لو قال رجلٌ للقاضي: إني اشتريت دارًا، وفلان الغائب شفيعُها، وقد سلَّم الشُّفعة، وإني أخاف إذا ذهبتُ ورآني: طلَب الشُّفعةَ وأنكر التسليمَ، فاسمَعْ البيِّنة على التسليم، واكتب إلى قاضي بلدِه: فأجمعوا على الكتابة، كما في «شرح نظم الكنز» للمقدسي، وقال في «تنوير الأذهان»: «إنه على الخلاف»[(١)].

وما لو قالت: طلَّقني زوجي وهو في بلد كذا، وأريد أن أذهَب إلى تلك البلدة، وأخاف أن يُنكر طلاقي، فاسمَعْ بيِّنتي واكتُب إلى قاضي بلدِه: يكتب إجماعًا على ما نقله المقدسي في «الرمز»، وفي «تنوير الأذهان»: «على الخلاف»[(٢)].

والكتابةُ بعلمِه كالقضاء بعلمِه، ففي كلِّ موضع يجوز القضاءُ بعلمه يجوز له الكتابةُ بعلمِه، كما في «تنوير الأذهان»[(٣)].

وقد مرَّ أن **المفتى** به أنه لا يقضي بعلمه، فكذا لا يكتُب بعلمه، وقيل: يكتُب بالعلم الحاصل قبل القضاء إجماعًا، «رمز».

[مطلب: في قبول إخبار القاضي بالحكم بدون معرفة حجَّتِه]

(قال القاضي: قضَيتُ عليك بكذا ببيِّنةٍ أو إقرار، يُقبل) قولُه في ذلك؛ **لأن قول القاضي فيما يُخبِر بمنزلة شهادة شاهدَين**، كما لو قال: ثبت عندي زنا فلان وإحصانُه فارجُموه، يثبُت ذلك بمُجرَّد قولِه عند الثاني، «وعند محمد: لا يُصدَّق

---

(١) «تنوير الأذهان» (ل/ ١٤٩/ أ).

(٢) «تنوير الأذهان» (ل/ ١٤٩/ أ).

(٣) انظر: «تنوير الأذهان» (ل/ ١٤٩/ أ).

حتى يعرف الحجَّة التي قضى بها، أو يَشهد مع القاضي عدلٌ، وبه أخذ مشايخُنا[١]»، «زيلعي»[٢].

قال في «الفتح»: «معناه: أن يَشهد القاضي والعدلُ على شهادة الذين شهِدوا بسبب الحدِّ، لا أنَّهما يَشهدان على حكم [القاضي]، وإلا كان القاضي شاهدًا على فعل نفسه»[٣].

«وقيل: هذا اختلافُ زمانٍ لفساد القُضاة في زمن محمد، بخلافه في زمن أبي يوسف. وقيَّده أبو منصور الماتريدي بالقاضي العدل العالم، ولم يُقيِّدْه به في «الجامع الصغير»[٤]»[٥].

وفي «التنوير» و«شرحه»: «أمَرك قاضٍ عدلٌ برَجمٍ، أو قطعٍ، أو ضربٍ في حدٍّ قضى به: وسِعك فعلُه، ومنَعه محمدٌ حتى يُعَاين [الحجَّة]، واستحسنوه في زماننا، وفي «العيون»: **وبه يفتى**، إلا في كتاب القاضي لضرورة إحياءِ حقوق الناس، وقيل: يُقبل لو عالمًا عدلًا، وإن عدلا جاهلا: يُستفسَر، فإن أحسَن [تفسيرَ] الشرائط:

---

(١) «لفساد أكثر قضاة زماننا، والتدارك غير ممكن، ولأن قبول خبر الواحد رتبة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وغيرهم غير معصوم عن الكذب والغلط، إلا في كتاب القاضي إلى القاضي؛ لضرورة إحياء الحقوق، ولأن الخيانة في مثله قلما تقع». «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء، باب مسائل شتى، قال: مالي وما أملك صدقة (٤/ ٢٠٥).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء، باب مسائل شتى، قال: مالي وما أملك صدقة (٤/ ٢٠٥).

(٣) «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، مسائل شتى من كتاب القضاء، فصل: قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه (٧/ ٣٥٩).

(٤) حيث قال في كتاب القضاء، باب من القضاء (ص٢٠١): «وإذا قال القاضي: قضيت على هذا بالرجم فارجمه، أو بالقطع فاقطعه، أو بالضرب فاضربه: وسعك أن تفعل».

(٥) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء، باب مسائل شتى (٤/ ٢٠٥).

صُدِّق، وإلا لا، وكذا لا يقبل قولُه لو فاسقًا، عالما كان أو جاهلا؛ للتُّهمة إلا أن يعاين الحجة، أي: سببا شرعيًّا»[(١)]، انتهى، وجزَم به في «الملتقى»[(٢)].

وأشار بقوله: القاضي، على أنه لو كان معزولا، فقال: قضيتُ بكذا، وأنكر المُدَّعَى عليه ذلك، وقال: أخذتَه ظُلْمًا، فإن اعترف[(٣)] بأنَّ ذلك في حالِ ولايته: صُدِّق القاضي ولا يمينَ عليه، ولو قال: فعلتُ ذلك قبل الولاية أو بعد العَزْل، فادَّعى القاضي فعلَه في ولايته: فالقول له أيضًا، هو **الصحيح**، إلا أن يُبَرهِن الشخصُ على كونِها في غير قضائه»، «صدر الشريعة»[(٤)].

---

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي (ص ٤٨١).

(٢) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب القضاء، فصل في القضاء بالمواريث (٣/ ٢٥٤).

(٣) في هامش (خ): (قوله: فإن اعترف، أي: المدعي، وصورة المسألة في «الملتقى» بنص: ولو قال قاض قد عزل لشخص: أخذت منك ألفا ودفتها إلى فلان قضيت بها عليك لفلان، أو قال: قضيت بقطع يدك في حق، فقال الشخص للقاضي: بل أخذتها، أي: الألف، أو قطعت اليد ظلما، ولكن اعترف هذا الشخص بكون ذلك الأخذ والقطع حال ولايته القضاء: صدق القاضي، ولا يمين عليه؛ إذ لو لزمه اليمين: صار خصما، وقضاء الخصم لا يجوز. وكذا الحكم لو قال: قطعت قبل ولايتك للقضاء، أو بعد عزلك، وادعى القاضي فعله ذلك في ولايته: فالقول له، أي: للقاضي أيضا، هو الصحيح؛ لأنه أسند فعله لحالة معهودة منافية للضمان، فيصدق، إلا أن يبرهن الشخص على كونهما في غير قضائه، فالقاضي يكون مبطلا، ذكره صدر الشريعة، انتهى، بزيادة من شرحه «الدر المنتقى»).

(٤) الظاهر أن هذا النقل من «الدر المنتقى»، كتاب القضاء، فصل في القضاء بالمواريث (٣/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥)، كما يتبين من التعليق السابق أيضًا؛ فإن عبارة الشارح أقرب إليه مما ذكره صدر الشريعة في «شرح الوقاية»، كتاب القضاء، فصل في القضاء بالمواريث (٤/ ١٣٦).

[فائدة: إرسال القاضي إلى مخدرة للدعوى واليمين جائزٌ]

(إرسالُ القاضي) أمينًا (إلى مُخدَّرةٍ)، وهي التي «غيرُ مُعتادة الخروج إلى مجلس الحاكم»، كما في «الملتقى»(١)، (للدعوى واليمين: جائزٌ)، كما في بعض النُّسَخ، وفي بعضها حذفُه، وفيه حذفُ الخبَر من غير قرينة، تأمَّل.

«ولو اختلفا في كونها مُخدَّرةً، فإنْ من بناتِ الأشراف: فالقولُ لها مطلقًا، وإن من الأوساط: فالقول لها لو بكرًا، وإن من الأسافل: فلا في الوجهَين»، «در منتقى»(٢).

[فائدة: لا يمينَ على الصبيِّ في الدَّعاوى]

(لا يمين على الصبيِّ) المأذونِ (في الدَّعاوى) حتى يُدرِك، كما في «الولوالجية»(٣). ولو حلَف وهو صبيٌّ فأدرَك: لا يُحلَّف.

وفي «أحكام الصغار» ما يُخالفه، قال: «الصبيُّ التاجرُ والعبدُ التاجر يُستحلَف، ويُقضَى عليه بالنُّكول، وذكر الفقيه أبو الليث أن الصبيَّ المأذونَ له يُستحلَف عند علمائنا، **وبه نأخُذ**، وكذا في «المنية» و«النوادر»، ورُوي عن محمد»(٤)، انتهى.

[فائدة: الصبيُّ المحجورُ لا يُحضَر لسَماع البيِّنة]

(ولو كان) الصبيُّ (محجورًا) عليه، وادَّعى عليه شخصٌ دَينًا أو عينًا، وله وصيٌّ حاضرٌ، وكان عليه بيِّنة: (لا يُحضِرُه القاضي لسَماعِها)، هكذا ذكر شيخ الإسلام،

---

(١) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الوكالة (٣/ ٣٠٩).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الوكالة (٣/ ٣٠٩ ـ ٣١٠).

(٣) قال في «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الدعوى، الفصل الرابع فيما يحلف (٤/ ١٩١): «دار في يد صبي غير مدرك، فادعى رجل أنه غصبها منه أبوه، وأراد تحليفه: لم يحلف؛ لأنه لا فائدة في التحليف، ولا تنزع الدار من يده؛ لأنه هو المالك ظاهرا».

(٤) انظر: «أحكام الصغار»، مسائل أدب القاضي (ص ٢٩٤).

ولم يفصِلْ بينما إذا كان المُدَّعى به عَينًا أو دينًا، وجب هذا الدينُ بمُباشَرة الوصيِّ أو لا، كضمان الاستهلاك، كما في «العمادية».

وذكر الناطفيُّ: إذا كان الدَّينُ واجبًا بمُباشَرة الوصيِّ: لا يُشترط إحضار الصبي، وإن لم يكن له وصيٌّ، وطلب من القاضي أن ينصِب عنه وصيًّا: أجابَه القاضي إلى ذلك.

وفي «أدب القاضي»: ادَّعى على الصبيِّ المحجور بالاستهلاك أو بالغصب، إن قال المُدَّعي: لي بيِّنةٌ حاضرة، تُسمع دعواه، ويُشترَط حضورُ الصبيِّ لاحتياج الشُّهود إلى الإشارة، ويحضُر معه أبوه أو وصيُّه، حتى إذا لزمه شيءٌ: يؤدِّي عنه من مال الصغير.

وذكر بعضُ المُتأخِّرين: حضورُ الصبيِّ عند الدعاوى شرطٌ، سواء كان مُدَّعيًا أو مُدَّعًى عليه، و**الصحيح** أنه لا يُشترط حضورُ الأطفال الرُّضَّع عند الدعاوى، كذا في «المحيط» و«الفتاوى الظهيرية».

وإذا لم يكن عليه بيِّنةٌ: لا يُحضِره القاضي، ولكن يُحضِر أباه، حتى إذا لزم الصبيَّ شيءٌ: يُؤدِّي عنه أبوه من ماله، ولو لم يكن له مالٌ: ينتظِر يَسارَه.

ويُشترط إحضارُ الصبيِّ مجلسَ الحكم عند نَصْب الوصيِّ للإشارة إليه، كما في «الفتاوى»[1].

وفي «التمرتاشي»: «يُحبَس الصبيُّ تأديبًا إذا كان له وليٌّ، وإن لم يكن له وليٌّ: لا يُحبس، وينصِب القاضي قيِّمًا يبيع من ماله بقدرِ الدَّين ويُوفي الغريم»، انتهى.

---

(١) سيأتي ذكر هذه المسائل في أحكام الصبيان من الفن الثالث أيضًا.

[فائدة: يُحلَّف العبد، ويُقضى عليه بالنُّكول]

(ويُحلَّف العبدُ، ولو محجورًا)، وفائدةُ تحليفه: أنه (يُقضَى عليه) بما ادُّعِي به عليه (بنُكوله، و)لكن لا يُؤاخَذ به الآن، بل (يُؤاخَذ به بعد العِتْق) لما مرَّ.

[فائدة: لا تحليفَ على الدَّين المُؤجَّل قبل حُلول الأجل]

(الأصحُّ أنه لا تحليفَ على الدَّين المُؤجَّل قبل حُلول الأجل)؛ لأنه لا يسُوغ له المطالبةُ قبل حلوله ليَترتَّب على إنكاره التحليف[1].

[فائدة: لا يُقبل قولُ الأمين في تحليف المُخدَّرة إلا بشاهدَين]

(لا يُقبل قولُ أمين القاضي أنه حلَّف المُخدَّرة، إلا بشاهدَين)، وقد مرَّ ما يُخالفه، فليُراجع.

[فائدة: القضاء يتخصَّص بالمكان والزمان]

(القضاء يتخصَّص بالمكان والزمان)، لكن «لو قضى في حادثة: لا يجب إعادتُها بمَحضَر من العلماء، ولو أمَره السلطانُ بذلك»، «خلاصة»[2].

[فرع: قضاءُ القاضي في غير مكانِ ولايته لا يصحُّ]

وفرَّع على تخصيصه بالمكان قولَه: (فإذا ولَّاه قاضيًا بمكانِ كذا: لا يكون قاضيًا في غيره)، ولا يصحُّ قضاؤُه؛ (لما في «المُلتقَط»: وقضاءُ القاضي في غير مكانِ ولايتِه لا يصحُّ[3]). نعم؛ لا يُشترط كونُ المُتداعِيَين من ولايته إذا كانت الدَّعوى في الدَّين.

---

(١) في (ع): (تحليفه).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الأول، الجنس الثالث في التقليد (٤/ ٥ ـ ٦).

(٣) انظر: «الملتقط»، كتاب الشهادت، مطلب: قضاء القاضي في غير مكان ولايته (ص ٣٨٨).

[مطلب: في الاختلاف في قضاءِ القاضي في عَقار ليس في ولايته]

(واختلفوا في العَقار إذا كان لا في ولايته، فاختار في «الكنز» عدمَ صحَّةِ قضائه فيه[١])، وتبِعه في «المُلتقى»[٢] «بناءً على أن المصرَ فيه شرطٌ، كالجمعة»[٣]، وعلَّله في «التبيين» بأنه «لا ولايةَ له في ذلك المكان»[٤]، وإليه يُشير كلامُه هنا.

(وصحَّح في «الخلاصة») و«البزَّازية» (الصحَّةَ[٥])، وتبِعه في «التنوير»، قال في «الدر المختار»: «وهو الصحيح»[٦]، وتقدَّم في القضاء أن المصر ليس بشرط فيه، وبه يُفتى، انتهى.

(واقتصر عليه قاضي خان[٧]. والخلافُ إنما هو في العَقار، لا في العين)،

---

(١) انظر: «كنز الدقائق»، مسائل شتى بعد كتاب الخنثى (ص ٦٩٠).

(٢) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، مسائل شتى (٤/ ٤٨١).

(٣) «الدر المنتقى»، مسائل شتى في آخر الكتاب (٤/ ٤٨١).

(٤) «تبيين الحقائق»، مسائل شتى، عقار لا في ولاية القاضي (٦/ ٢٢٢).

(٥) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في علمه (٥/ ١٦١).

والذي في «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، جنس: ليس لقاضي الجند ولاية (٤/ ٢٤): «قاضيان في مصر واحد، كل واحد منهما في نصف المصر، ولرجل من محلة هذا القاضي على رجل من محلة قاض آخر دعوى، عند أبي يوسف: يعتبر حال المدعي، ويحضر خصمه إلى القاضي الذي في محلة المدعي، وعند محمد: يعتبر حال المدعى عليه، وهو الصحيح، وعليه الفتوى. فإن اختصم غريبان من أهل ولاية أخرى عند قاضي أهل هذه البلدة، قال: يصح قضاؤه، ويكون بمنزلة التحكيم».

(٦) انظر: «الدر المختار»، كتاب القضاء (ص ٤٦٤).

(٧) ذكر في «فتاواه»، كتاب الدعوى والبينات (٢/ ٣٦٣) مثل ما نقلناه عن «الخلاصة».

أي: مـا يتعيَّـن بالتعيين كالعَـرْض، (ولا) فـي (الدَّين)، كما فـي «البزازية»[(١)].

(وفي «القنية»: قضَى في ولايته)، أي: في العقار أو غيره، (ثم أشهَد على قضائه في غير ولايتِه)، مُتعلِّقٌ بـ«أشهد»، (لا يصحُّ الإشهادُ، انتهى). فهذا يدلُّ على أنه كما يُشترط أن يكون الحكمُ في ولايته: يُشترط الإشهادُ فيها لصحَّة إقراره، ولو خرج القاضي مع السُّلطان من المصر: قضَى، وإن خرج وحده: لم يجُزْ قضاؤُه، قال في «المنح»: فينبغي أن يكون هذا على قول من يعتبِر المكان؛ لأن القضاء من أعلام الدِّين، فيكون المصرُ شرطًا فيه كالجُمعة والعيدَين، وعن أبي يوسف: أن المصر ليس بشرطٍ فيه، وإليه أشار محمدٌ أيضًا. وفي «البزازية»: «وما أشار إليه محمد هو روايةُ «النوادر»، وبه يُفتى»[(٢)]، انتهى.

فبه علمتَ معنى قولِ المصنِّف: «واختلفوا».

[فائدة: لا تُقبل شهادةُ الشاكِّ في إيمانه، ولا تصحُّ إمامتُه]

(ولا تُقبل شهادةُ مَن قال: لا أدري أمؤمنٌ أنا أو لا، للشكِّ في الإيمان)، ومَن شكَّ في إيمانه فهو غيرُ مؤمن.

(وكذا لا تصحُّ إمامتُه، كذا في شهادة «الولوالجية»[(٣)]).

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في علمه (٥/ ١٦١).

(٢) قال في «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، أواخر نوع في علمه (٥/ ١٧٤): «قضى في الرستاق: نفذ؛ لأن على رواية «النوادر» ـ وهو المأخوذ ـ المصرُ ليس بشرطٍ لنفاذ القضاء».

(٣) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الشهادات، بداية الفصل الثالث فيما تقبل البينة وفيما لا تقبل (٤/ ١١١).

وهذه المسألة مشهورةٌ بالخلاف بيننا وبين الشافعية، فأبو حنيفة وأصحابه يمنعون جوازَ دخولِ الاستثناء في الإيمان، وإنما يقال: أنا مؤمنٌ حقًّا، وأجازه الشافعيَّة وغيرُهم.

قال ابنُ الهُمَام في «المُسايَرة»: «ولا خلافَ في أنه لا يُقال[1] للشكِّ في ثُبوته[2] في الحال، وإلا[3] كان [الإيمانُ] منفيًّا[4]، بل ثُبوتُه في الحال مجزومٌ به، غير أن بقاءَه إلى الوفاة، وهو المُسمَّى بإيمان المُوافاةِ[5]: غيرُ معلوم، ولما كان ذلك[6] هو المعتبَرَ في النجاة: كان [هو] الملحوظَ للمُتكلِّم في رَبْطه بالمشيئة، [وهو] أمرٌ مُستقبلٌ[7]، فالاستثناءُ فيه اتباعٌ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُ﴾ [الكهف: ٢٣ ـ ٢٤][8]، إلا أنه لما كان ظاهرُ التركيب[9] الإخبارَ بقيام الإيمان به في الحال، وقِرانَ[10] الاستثناءِ به[11]: كان تركُه أبعدَ عن التُّهمة[12]، فكان

---

(١) أنا مؤمن إن شاء الله.

(٢) أي: الإيمان.

(٣) أي: وإن كان الإيمان للشك.

(٤) لأن الشك في ثبوته في الحال كفر.

(٥) أي: الذي يوافي العبد عليه، أي: يأتي متصفا به آخر حياته وأول منازل آخرته.

(٦) أي: إيمان الموافاة.

(٧) في النسخ: (كان الملحوظ للمتكلم في ربط المشيئة أمرا مستقبلا). والمثبت من «المسايرة».

(٨) أي: فلا وجه لوجوب تركه.

(٩) في قول القائل: أنا مؤمن إن شاء الله.

(١٠) بالنصب، عطفا على قوله: الإخبار، أي: كان ظاهر التركيب أمرين: الإخبار المذكور، واقتران كلمة الاستثناء... إلخ.

(١١) أي: بالإخبار بقيام الإيمان به في الحال.

(١٢) بعدم الجزم بالإيمان في الحال الذي هو كفر.

تركُه واجبًا. و[أما من عُلِم] قصدُه إلى إيمان المُوافاة[١]، [و]التبرُّك به[٢]، [مع الجزم] للحال: فرُبَّما تعتاد النفسُ التردُّدَ لكثرة إشعارها بتردُّدِها في ثبوت الإيمان واستمراره، وهذه[٣] مَفسَدةٌ؛ إذ قد يجُرُّ إلى وُجوده[٤] آخرَ الحياة الاعتيادُ به، خصوصًا والشيطانُ مُتبتِّلٌ[٥] بنا، لا شُغْلَ له سِوَانا[٦]»[٧]، انتهى.

[فبهذا علِمتَ أن الخلافَ في إطلاق اللفظ، ولا خلافَ في أنه لا يجوز إطلاقه للشكِّ في الإيمان الحاليِّ، ولا خلافَ في عدم القطعِ بالموت على الإيمان، فمن أطلَقه: يقول تبرُّكًا بأنه يمُوت على الإيمان، ومن منَعه لئلَّا يقع في محظور التردُّد والله أعلم][٨].

[مطلب: في المواضع التي تُقبل فيها الشهادةُ حِسْبةً بلا دعوى]

(تُقبل الشهادةُ حِسْبةً بلا دعوى[٩] في طلاق المرأة[١٠]،..................

---

(١) بقرائن ظاهرة.

(٢) أي: بالاستثناء.

(٣) أي: كثرة إشعار النفس بالتردد في ثبوت الإيمان واستمراره.

(٤) أي: التردد في الثبوت والاستمرار.

(٥) أي: منقطع مُجرِّدٌ نفسَه.

(٦) أي: فيجب حينئذ ترك الاستثناء المؤدي إلى هذه المفسدة.

(٧) «المسايرة» مع «المسامرة»، الخاتمة في بحث الإيمان، المسألة الثالثة: إدخال الاستثناء في الإيمان (ص ٦٩٥ ـ ٦٩٧).

(٨) ما بين المعقوفتين في هامش (خ) و(ع).

(٩) يعني: ويقضى بها، «حموي».

(١٠) «لأنها حق الله تعالى، ودعوى مدع حاضر غير الشاهد ليس بشرط لقبول هذه الشهادة؛ لأن حق الله تعالى واجب على كل أحد القيام في إثباته، وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك، =

وعتقِ الأمَة[١]، والوقف[٢]،........................

= فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب، وشاهدا من جهة تحمل ذلك، فلم يحتج فيها إلى خصم آخر»، كذا في «البيري» (٢/ ١٦٦ ـ ١٦٧).

وقال الحموي (٢/ ٤٠٣): «يعني: سواء كانت حرة أو أمة. في «النهاية»: تقيد القبول بما إذا كان الزوج حاضرا. أما إذا كان غائبا، فلا. قال الشيخ عبد البر بن الشحنة في «شرح المنظومة»: وكذا حضور المولى في صورة الأمة، ولكن لا يشترط حضور المراة ليشير إليها الشهود، انتهى. أقول: لا وجه لتخصيص المرأة؛ إذ الأمة كذلك يحتاج إلى حضورها ليشير إليها، إلا أن يراد من المرأة ما تعم الحرة والأمة، وإن كان العرف خصص لفظ المرأة بالحرة».

(١) قال الحموي (٢/ ٤٠٣): «قوله: وعتق الأمة. الفرق بينهما وبين مسألة العبد الآتية، أن هذه شهادة بحرمة الفرج، وهو حق الله تعالى، بخلاف العبد. وفي «العمادية»: هل يحلف حسبة في عتق الأمة وطلاق المرأة؟ أشار محمد رحمه الله في باب التحري أنه يحلف، كذا في «شرح القدوري»، وذكر السرخسي في مقدمة باب السلسلة أنه لا يحلف، فتأمله عند الفتوى، كذا في «شرح المنظومة» للشيخ عبد البر بن الشحنة».

(٢) قال الحموي (٢/ ٤٠٣ ـ ٤٠٤): «قوله: والوقف. قال قاضي خان: رجل باع أرضًا، ثم ادعى أنه كان وقفها قبل البيع، وأراد تحليف المدعى عليه: ليس له ذلك عند الكل؛ لأن التحليف يعتمد صحة الدعوى، ودعواه لم تصح؛ لمكان التناقض، وإن أقام البينة على ما ادعاه: اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا تقبل بينته؛ لأنه متناقض، وقال بعضهم: تقبل بينته؛ لأن التناقض لا يمنع الدعوى. وعلى قول الفقيه أبي جعفر: الدعوى لا تشترط في الوقف؛ لأن الوقف حق الله تعالى، وهو التصدُّق بالغلة، فلا يشترط فيه الدعوى، كالشهادة على الطلاق وعتق الأمة، إلا أنه إذا كان هناك موقوفٌ عليه مخصوصٌ، ولم يدع: لا يعطى من الغلة شيء، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء؛ لأن الشهادة قبلت لحق الفقراء، فلا تظهر إلا في حق الفقراء. قال، يعني: قاضي خان: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل، بأنه إن كان الوقف على قوم بأعيانهم: لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل، وإن كان الوقف على الفقراء، أو على المسجد: على قول أبي يوسف ومحمد تقبل البينة بدون الدعوى، وعلى قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله: لا تقبل، انتهى. =

وهلالِ رمضان(١)، وغيره إلا هلال الفِطر والأُضحى،........................

= قال العلامة ابن وهبان: وهذا التفصيل غير محتاج إليه؛ لأن الوقف، وإن كان على قوم بأعيانهم، وأخره، فلا بد أن يكون لجهة بر لا تنقطع، كالفقراء وغيرهم، فالشهادة تقبل لحقهم إما حالا وإما مآلا، انتهى.

ورده الشيخ عبد البر بن الشحنة بأنه لا بد من هذا التفصيل؛ لأن البينة إذا قامت بأن هذا وقف يستحقه قوم بأعيانهم: لا بد فيه من الدعوى لثبوت استحقاقهم وتناولهم، وإن كان آخره ما ذكر بخلاف ما إذا قامت على أنه وقف على الفقراء والمسجد ونحو ذلك.

ونقل في «العمادية» عن «فتاوى رشيد الدين» هذا التفصيل قال: وكذا فصل الإمام الفضلي، وهو المختار، وهو فتوى أبي الفضل الكرماني. وقد رأيت عن صاحب «الذخيرة» و«فتاوى النسفي» قد ذكر أن الشهادة على الوقف صحيحة بدون الدعوى مطلقا، وهذا الجواب على الإطلاق غير صحيح، وإنما الصحيح أن كل وقف هو حق الله تعالى فالشهادة عليه صحيحة بدون الدعوى، وكل وقف هو حق العباد فالشهادة لا تصح بدون الدعوى، ونقل في «التاتارخانية» عن «فتاوى التجنيس» في مسألة البيع أنه تسمع الدعوى، وينقض البيع، وبه أخذ الصدر الشهيد، وقال بعض الناس: لا تقبل البينة، ولكن لا نأخذ به.

وفي «العمادية» عن الفقيه أبي الليث أنه يأخذ بسماع البينة ونقض البيع، وقيل: لا تقبل، والأول أصح».

(١) قال الحموي (٢/ ٤٠٤): «قوله: وهلال رمضان وغيره... إلخ، أي: والشهادة على رؤية هلال رمضان وغيره مما فيه حق الله تعالى خالصا. قال قاضي خان: الذي ينبغي أن لا يشترط، كما لا يشترط في عتق الأمة وطلاق الحرة عند الكل، وعتق العبد في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وفي الوقف على قول أبي جعفر. وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي أن يشترط الدعوى في هلال الفطر وهلال رمضان، كما في عتق العبد عنده. والمصنف طرد ذلك في غير رمضان، كرجب وشعبان وغيرهما، إذا قُصد بإثباته أمر ديني خالص لله تعالى، كأن يغم هلال رمضان: فيحتاج إلى إثباته أو شعبان، فلو غما: يحتاج إثبات هلال رجب، وهلم جرا.

وفي «العمادية» عن «فتاوى رشيد الدين» أن الشهادة بهلال عيد الفطر لا تقبل بدون الدعوى، =

والحدود[١] إلا حد القَذْف والسَّرقة).

(واختلفوا في قبولها بلا دعوى في النسب[٢]، كما في «الظهيرية» من النسب[٣]،

= وفي الأضحى اختلاف المشايخ، فبعضهم قاسوا على هلال الفطر. وفي «العدة»: ينبغي أن يشترط الدعوى ولفظ الشهادة في هلال شوال. أما رمضان، فقال السرخسي رحمه الله: لا يشترط لفظ الشهادة فيه، وقال خواهر زاده: يشترط، وكذا في الأضحى. وقال في «الظهيرية»: وهل يشترط الحكم لثبوت ذلك؟ قال محمد رحمه الله: لا نص بهذا في الكتاب، وينبغي أن لا يشترط، بل يكفي الأمر بالصوم والخروج إلى المصلّى».

(١) قال الحموي (٢/ ٤٠٥): «قوله: والحدود، ليس معطوفا على هلال الفطر، كما يوهمه ظاهر العبارة، بل على الطلاق؛ لأن حد الزنا والسكر خالص حق الله تعالى، كالطلاق وما عطف عليه».

(٢) قال الحموي (٢/ ٤٠٥): «قوله: واختلفوا في قبولها بلا دعوى في النسب... إلخ. حكي عن صاحب «المحيط» القبول من غير دعوى؛ لأنه يتضمن حرمات كلها لله تعالى: حرمة الفروج، وحرمة الأمومة والأبوة، فتقبل، كما في عتق الأمة؛ وقيل: لا تقبل من غير خصم. ونقل عن «القنية»: الشهادة على دعوى المولى بنسب عبد تقبل من غير دعوى. قال ابن وهبان: والظاهر أن الجواز يخرج على قولهما، وعدمه على قياس قول الإمام رحمه الله».

(٣) قال في «الظهيرية»، كما نقله «البيري» (٢/ ١٦٧): «رجل تزوج امرأة، وجاءت بولد، فاختلفا، فقال الزوج: تزوجتك منذ شهر، وقالت المرأة: لا بل منذ سنة، فالولد ثابت النسب من الزوج، وإن تصادقا على أنه تزوجها منذ شهر: لم يثبت النسب منه، وإن أقامت البينة بعد التصاديق على تزوجه إياها منذ سنة: قبلت. وهذا الجواب مستقيم فيما إذا أقام الولد البينة بعد ما كبر. أما إذا كان قيام البينة حال صغر الولد، فقد اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا تقبل البينة ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير؛ لأن النسب حق الصغير، فينصب عنه خصما لتكون البينة قائمة ممن هو خصم. وقال بعضهم: لا حاجة إلى هذا التكليف، والقاضي يسمع البينة من غير أن ينصب عنه خصما، بناء على أن الشهادة تقبل حسبة بدون الدعوى».

قال البيري: «أطلق (أي: المصنف) النسب، والمنقول (أي: في «الظهيرية») مصور في صغير مع أمه».

وجزم بالقبول ابنُ وهبان[١]، وفي تدبير الأمة[٢]، وحُرمة المُصاهَرة، والخُلع[٣]، والإيلاء، والظِّهار[٤]، ولا تُقبل في عتقِ العبد بدون دعواه عنده، خلافًا لهما[٥]).

---

(١) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٥).

(٢) قال الحموي (٢/ ٤٠٥): «قوله: وفي تدبير الأمة. في «القنية»: قاسها على عتق العبد؛ لأنه قال: تقبل على قول أبي حنيفة رحمه الله بدون الدعوى، كالشهادة على العتق. وقد جعل ابن وهبان القبول يختلف بالنسبة إلى الأمة والعبد، كما في عتقهما، فتقبل في الأمة عند الكل، وفي العبد يجري الخلاف؛ قال الشيخ عبد البر بن الشحنة: عندي في هذا التخريج نظر؛ فإن الموجب للقبول بدون الدعوى عند الإمام كون ذلك محض حق الله تعالى، كما في عتق الأمة؛ لأنها شهادة بحرمة الفرج، وهما حق الله تعالى؛ وذلك لا توجد في تدبير الأمة، أعني: حرمة الفرج على المولى، فيكون من الحقوق المشتركة، فيشترط له الدعوى عنده، ولا يشترط عندهما فتأمله، اللهم إلا أن يقال: إنه يتضمن حرمة الفرج عند موت السيد، انتهى. وظاهر صنيع المصنف رحمه الله أن تدبير الأمة على الخلاف، فإنه معطوف على قوله: في النسب، وهو مختلف فيه، لكن يشكل عطف الخلع عليه، فإنه لا خلاف فيه، كما سيذكره».

(٣) قال في «الحموي» (٢/ ٤٠٥): «قوله: والخلع. قال في «القنية»: الشهادة على الخلع بدون دعوى المرأة مقبولة، كما في الطلاق وعتق الأمة، ويسقط المهر عن ذمة الزوج، ويدخل المال في هذه الشهادة تبعًا، انتهى. قال العلامة ابن الشحنة: وهذه اتفاقية».

(٤) قال الحموي (٢/ ٤٠٦): «قوله: والإيلاء، والظهار. ذكر العلامة ابن الشحنة أن في الشهادة بحرمة المصاهرة والإيلاء والظهار يشترط أن يكون المشهود عليه حاضرا. نقل ذلك في «العمادية» قال: وبعضهم قال: لا تقبل بدون الدعوى؛ والإيلاء والظهار مذكوران في «فتاوى رشيد الدين»».

(٥) قال الحموي (٢/ ٤٠٦): «قوله: ولا تقبل في عتق العبد... إلخ. فإن دعواه شرط عنده، كما إذا شهد شاهدان على رجل بعتق عبده، والعبد والمولى ينكران ذلك: لا تقبل الشهادة عند الإمام. وقالا: تقبل. وفي «الحقائق»: قد تحقق الدعوى حكما، بأن يقطع العبد يد حر، فقال الحر: أعتقك مولاك قبل الجناية، ولي عليك القصاص، فأنكر العبد والمولى ذلك: تقبل بينته ويقضي بعتقه؛ لأن دعوى المجني عليه العتقَ قائمٌ مقام دعوى العبد حكمًا. ثم اعلم أن الشهادة بلا دعوى مقبولة في =

(واختلفوا على قوله في الحُرِّيَّة الأصليَّة، والمُعتمَد: لا[(١)]).

(والنكاح يثبُت بدون الدعوى، كالطلاق، لأن حِلَّ الفرج وحُرمتَه حقُّ الله تعالى[(٢)]، فجاز ثبوتُه من غير دعوى، كذا في «فروق الكرابيسي» في النكاح[(٣)]).

= حقوق الله تعالى؛ لأن القاضي يكون نائبا عن الله تعالى، فتكون شهادة على خصم، فتقبل، وغير مقبولة في حقوق العبد، وهذا أصل متفق عليه، لكن الغالب عندهما في حقوق العبد حق الله تعالى؛ لأن سبب الملكية وهي الحرية يتعلق بها حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والجمعة وغيرهما، يعني: كالعيد والحج والحدود، ولذا لم يجز استرقاق الحر برضاه لما فيه من إبطال حق الله تعالى، فتقبل بدون الدعوى، والغالب عنده حق العبد؛ لأن نفع الحرية عائد إليه من ملكيته وخلاصه من كونه مبتذلا، كالمال، فلا يقبل بدون الدعوى، كذا في «شرح المجمع» لابن الملك».

(١) قال الحموي (٢/ ٤٠٦ ـ ٤٠٧): «أقول: نقل صاحب «العمادية» عن «فتاوى رشيد الدين» أن الخلاف إنما هو في الشهادة القائمة على العتق من جهة المولى. أما لا خلاف [فيما] إذا شهد أنه حر الأصل أنها تقبل بدون الدعوى؛ لأنها شهادة بحرية الأمة، فهي شهادة بحرمة الفرج، فتقبل. ثم نقل عن صاحب «المحيط» أنه حكى في «شرحه» لـ«لجامع الصغير» أن الصحيح اشتراط الدعوى في ذلك عند الإمام، كما في العتق العارض، وأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى، ولا صحة الشهادة فيها، ونقل عن متفرقات شهادات «المحيط»، وقال: إنه لا يحلف على عتق العبد حسبة بدون الدعوى بالاتفاق».

(٢) قال الحموي (٢/ ٤٠٧): «قوله: لأن حل الفرج والحرمة فيه حق الله تعالى. ومن صورها: ما إذا أراد ابن المشهود بنكاحه تزوج من نكحها أبوه جاهلا بنكاحه إياها: فللشهود الشهادةُ بنكاح أبيه من غير دعوى لحرمة فرجها على ابن الزوج، وذلك خالص حق الله تعالى. هذا، والذي تحرر لي أن ما تقبل فيه الشهادة بدون الدعوى عند الكل أربع مسائل: عتق الأمة، والطلاق، والخلع، والنكاح. ووهم ابن وهبان، فجعل تدبير الأمة مما تقبل فيه الشهادة بدون الدعوى عند الكل. واعلم أن مما تقبل فيه الشهادة بدون الدعوى أمورٌ توجب التعزير إذا كان حقا لله تعالى. ذكر ذلك المصنف رحمه الله في بعض رسائله، وفي «شرحه» على «الكنز»».

(٣) قال الحموي (٢/ ٤٠٧): «قوله: كذا في «فروق الكرابيسي» من النكاح. أقول: ليس ما ذكر في =

[مطلب: في التعريف بالمشهود عليه]

(المشهودُ عليه بشيءٍ إن كان حاضرًا: كفَتْ الإشارةُ إليه) [في قبول الشهادة، فيحتاج الشاهدُ إلى الإشارة][1]، (وإن كان غائبًا) أو ميِّتًا: (فلا بد) في قبول الشهادة (من تعريفه باسمه واسمِ أبيه وجدِّه)، وقال أبو يوسف: يكفي النسبةُ إلى الأب[2].

(ولا يكفي النسبةُ إلى الفخِذ)، «بكسر الخاء وسُكونِها، دون القبيلة وفوق البطن، وقيل: دون البطن وفوق الفصيلة، وهو مُذكَّر؛ لأنه بمعنى النفَر، والفخِذُ من الأعضاء مُؤنَّثة، والجمعُ فيها: أفخاذٌ»، كذا في «المصباح»[3].

والمراد بها هنا: القبيلة العامَّة، كتميميٍّ. وأما الخاصَّة، فتكفي، فإنه ذكَر في «الهداية» أن ذِكْر القبيلة وذكرَ الفخِذ بمنزلة الجدِّ في التعريف، ولو قال: فلان بن فلان التميمي، لم يجُزْ حتى ينسُبوه إلى الفخِذ الخاصَّة؛ لأن التعريف لا يتمُّ بالنسبة إلى قوم لا يُحصَون، وقيل: الفرغانية نسبة عامَّةٌ، والأوزجندي خاصَّة، وقيل: البُخاريُّ والسمرقنديُّ عامَّة، والنسبة إلى السِّكَّة الصغيرة خاصَّةٌ، وإلى المَحلَّة الكبيرة عامَّة.

= «فروق الكرابيسي»، وإنما هو في «فروق المحبوبي»».

(١) ما بين المعقوفتين في هامش (ع).

(٢) في هامش (ع) هنا: (فلو قضى به قاض نفذ، «تنوير»).

(٣) «المصباح المنير»، كتاب الفاء، الفاء مع الخاء، (ف خ ذ)، (ص ٤٦٤).

وفي هامش (ع): (وصل في «الكشاف» العرب طبقات، من شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة. فالشعب يمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائر، والعمارة تجمع البطون، والبطن يجمع الأفخاذ، والفخذ يجمع الفصائل. فمُضَر شعب، وكذا ربيعة، مذحج، وحمير، سميت شعوبا لأن القبائل تتشعب منها، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقُصَي بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها).

(ولا يكفي الاقتصارُ على الاسم إلا أن يكون مشهورًا)، «بأن لا يُشاركه في ذلك الاسمِ غيرُه في المصر، [وكذا لو عُرف بلقبه وحدَه كفَى»، «در مختار»[٤]. «ولا يكفي النسبةُ إلى الحِرْفة، إلا إذا عُرف بها لا مَحالة»، «تنوير»[٥]][٦].

(ويكفي النسبةُ إلى الزوج؛ لأن المقصودَ الإعلامُ)، أي: حصولُ المعرفة ودفعُ الاشتراك، لا تكثيرُ الألفاظ.

قال في «الخانية»: «القاضي إذا كتب كتابًا، وكتب اسمَ المُدَّعى عليه ونسَبَه على وجه الكمال، فقال المُدَّعى عليه: لستُ أنا ذاك، والقاضي المكتوبُ إليه لا يعرفه، يقول القاضي للمُدَّعي: أقِمْ البيِّنَةَ على أنه فلان بن فلان بن فلان، فإن قال المُدَّعى عليه: أنا فلان بن فلان بن فلان، وفي هذا الحيِّ، أو الفخِذ، أو في هذه التجارة، أو في هذه البلدة، أو في هذا السُّوقِ رجلٌ غيري بهذا الاسم، يقول له القاضي: أثبِتْ ذلك، فإن أثبَت: تندفِعُ عنه الخصومةُ، كما لو علِم القاضي بمُشارَكته له في الاسم والنسَب[٧]، وإلا فهو خصمٌ. وإن أقام، أي: المدعى عليه، البيِّنَةَ أنه كان ههنا باسمه ونسَبه رجلٌ آخرُ، وقد مات ذلك الرجلُ الآخرُ: لا يُقبل قولُه؛ لأنه لا حقَّ له في إثبات حياة ذلك الميِّت، وإن كان يعلم ما قاله المُدَّعى عليه، فإن كان يعلم بموت ذلك الرجلِ بعد تاريخ الكتاب: لا يَقبل كتابَ القاضي، وإن كان قبل ذلك: قُبِل، وكذا لو كان لا يدري وقتَ الموت»[٨]، انتهى.

---

(٤) «الدر المختار»، كتاب الشهادات (ص ٤٨٤).

(٥) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الشهادات (ص ٤٨٤).

(٦) ما بين المعقوفتين في هامش (ع).

(٧) لأن حال وجود الشريك في الاسم والنسب لا يتعين هو للكتاب، «خانية».

(٨) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل في كتاب القاضي إلى القاضي (٢/ ٤٩٠).

(ولا بُدَّ) في قبول الشهادة (من بيان حِلْيتِها)، أي: المرأة. قالوا: يُشتَرط رُؤيةُ وجهِها في التعريف، وإن أراد ذِكْر حِلْيتِها: يَتْرُك محلَّ حِلْيتِها، حتى يكون القاضي هو الذي يكتب الحِلية أو يُملي الكاتب؛ لأنه إن حلاها الكاتبُ: لا يجد القاضي بُدًّا من أن ينظُرَ إليها، فيكون فيه نظرُ رجُلَين، وفيما ذكرنا نظرُ رجُلٍ واحدٍ، فكان أَولى[١].

(ويكفي في العبد اسمُه، واسمُ مولاه، واسمُ أبِ مولاه)، فإنْ ذكَر اسمَ العبد والمولى، إنْ ذكَر نسبةً خاصَّةً: لا يكفي عند السرخسي، ويكفي عند شيخ الإسلام، وإن ذكر اسمَ العبد ومولاه نسَب العبدَ إلى مولاه: ذكر شيخ الإسلام أنه يكفي، وبه أفتى الصدرُ، فلا بد من وجود ثلاثة أشياء في التعريف.

والذي صحَّحه المُصنِّف وذكَره في «الفُصولَين» أن المدار على التعريف، حتى لو حصل بالاسم فقط لكفى، ولا يشترط الثلاث، وكذا بالكنية فقط، كابن أبي ليلى وأبي حنيفة، يكفى إذا اشتهر[٢]، كذا في «الرمز».

[مطلب: فيما يتعلَّق بتعريف المرأة]

(ولا بُدَّ من النظر إلى وجهِها)، أي: المرأة، (في التعريف)، كما مرَّ.

(والفتوى على قولهما أنه لا يُشترط في المُخبِر للشاهد باسمِه ونسَبه أكثرُ من عدلَين؛ لأنه أيسَرُ)، يعني: أنه قالوا في باب الشهادة: لا يشهد على مُحجَّب إلا إذا تبيَّن[٣]، وعلى المرأة حتى يرى شخصَها مع شهادة اثنَين أنها فلانةُ بنتُ فلان بن

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، الواحد يكفي للتزكية والرسالة (٧/ ٧١).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ١٩٩)؛ «جامع الفصولين»، الفصل التاسع في الإشارة والنسب والتعريف في الدعوى والشهادة (١/ ٨٨).

(٣) أي: تبين القائلُ، بأن لم يكن في البيت غيره. «الدر المختار».

فلان، فإذا رأى شخصَها: يشهد بذلك، وإن كشَفت عن وجهِها، وقالت: أنا فلانة بنت فلان بن فلان.

وذكر الفقيه أبو الليث نصير بن يحيى، قال: كنت عند أبي سليمان، فدخل ابنُ محمد بن الحسن يسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يَعرفها؟ قال: كان أبو حنيفة يقول: لا تجوز الشهادةُ حتى يشهد عنده جماعةٌ أنها فلانة بنتُ فلان بن فلان، وكان أبو يوسف وأبوك يقولان: يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة... إلخ، وهو **المختار للفتوى، وعليه الاعتماد**؛ لأنه أيسَرُ على الناس، انتهى.

(**والقاضي هو الذي ينظُر إلى وجه المرأة**)، إن أمِن الشهوةَ، وإلا امتنع، كالشاهد، «مجمع»[1].

(**ويكتُب القاضي حِلاها**)، أي: المرأة، (**لا الشاهدُ**). وظاهرُه أن ذلك خاصٌّ بالقاضي، وليس كذلك؛ لما في «مُنية المفتي»: كاتبُ مَحضَر المرأة أرادَ أن يُحلِّيَها، فينبغي أن يَتْرُك، والقاضي هو الذي يكتُب حِليتَها في المحضَر، أو يُملي على الكاتب؛ لأنه لا بدَّ للقاضي من النظر إلى وجهِها، فيكون هو المُحلِّي، لا الكاتبُ، حتى لا يكون فيه نظرُ رجُلَين[2].

وفي «الصُّغرى»: «لو حلاها القاضي: كفَى، فيكون فيه نظرُ واحدٍ، وذلك أسترُ لها، فكان أَولى»[3]، انتهى.

---

(١) الذي في «مجمع البحرين»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٨٢١): «ولا ينظر من الحرة الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين إذا أمن، فإن خاف: امتنع، إلا القاضي والشاهد». قال ابن ملك: «فإن النظر لهما جائز عند القضاء والشهادة عليهما، وإن خاف الشهوة؛ لضرورة الحاجة إلى إحياء حقوق الناس».

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٦٩).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٦٩).

وفي «شرح حاشية العلامة المقدسي»: «إن الحَصْرَ في القاضي بالنسبة إلى كتاب القاضي إلى القاضي، وإلا فالشاهدُ إذا أراد أن يتحمَّل الشهادةَ على المرأة: لا بد من النظر إليها، ويكتُب حِليتَها ليُؤدِّي كما تحمَّل»، انتهى.

وفي «المحيط»: «وإذا أراد أن يُحلِّيها: يذكُر ما يُزينه، لا ما يُشينه، حتى إذا كان بها عَوَرٌ لا يذكُره»[١].

والحاصل: أنه لا تجوز الشهادةُ على المرأة إذا أقرَّت بشيءٍ، إلا إذا رأى شخصَها حالَ ما أقرَّت.

وفي «الجامع الصغير»: «شرطُ رؤيةِ الوجه يحتاج مع ذلك إلى إخبار عدلَين أنها فلانةُ بنتُ فلان بن فلان، لكن قال في «القنية»: إنما يحتاج إلى ذكر الاسم والنسب إذا كانت غائبةً أو ميتةً، ولو كانت حيَّةً: تكفي الإشارةُ إليها. وإنما تُشترط رؤيةُ المُقِرِّ في الإقرار إذا لم يتبيَّن القائلُ، وإلا، بأن لم يكن في البيت غيرُه، وجلس على الباب، وليس له مَسلكٌ غيرَه، فسمِع إقرارَ الداخلِ ولم يَرَه: يجوز له أن يشهد، كما ذكر في «الخصَّاف».

وفي «الدرر»: «وينبغي للقاضي أن لا يقبله إذا فُسِّر له؛ إذ ليس من ضرورات جوازِ الشهادة القبولُ عند التفسير؛ فإن الشهادة بالتسامُع تُقبل في بعض الحوادث، وإذا فُسِّر: لا تُقبل»[٢]، انتهى.

(الكلُّ)، أي: كلُّ ما ذُكر من قوله: «المشهود عليه» إلى هنا، منقولٌ (من «البزازية»[٣]).

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٦٩).

(٢) «درر الحكام»، كتاب الشهادات، قبيل باب القبول وعدمه (٢/ ٣٧٤).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل السادس في كتابه إلى القاضي (٥/ ١٨١)، فما بعد.

[مطلب: في اعتبار الشاهد الواحد]

(لا اعتبار بالشاهد الواحدِ، إلا إذا أقامه وأراد أن يكتُبَ القاضي إلى آخرَ، فإنه يكتُب، كما في «البزَّازية»[١])، ويُحبس المطلوب حتى يجيء بالآخَر، ويُؤجِّله ثلاثةَ أيام، فإن جاء به وإلا خلَّى سبيلَه، «منية المفتي».

وقيَّده في «خزانة الأكمل» بما إذا كان للشاهد هيئةُ الصالحين[٢]، وفيها: «لو شهد واحدٌ [عدلٌ] بالشَّتْم يُحبس عند أبي حنيفة، وعندهما: لا حتى يأتي بآخرَ»[٣]، انتهى.

[مطلب: في أن الإقرار بالرِّبا يُبطِل دعوى المدعي]

(ذكر في «القنية» من باب ما يُبطل دعوى المدعي، قال: سمعتُ شيخَ الإسلام القاضي علاءَ الدين المروزي يقول: يقع عندنا كثيرًا أن الرجل يُقِرُّ على نفسه بمالٍ في صكٍّ ويشهد عليه، ثم يدَّعي أن بعضَ هذا المال حقٌّ وبعضَه ربًا عليه)، أتُقبل هذه الدعوى أو لا للتناقُض؟ قال: (ونحن نُفتي أنه إن أقام على ذلك بيِّنةً: تُقبل وإن كان مُناقِضًا؛ لأنا نعلم أنه مُضطرٌّ إلى هذا الإقرار)، انتهى. وإذا لم يكن له بيِّنةٌ هل له أن يُحلِّف المُدَّعى عليه؟ نعم؛ له ذلك، كما في «الخيرية».

(وذكر في «القنية» في كتاب المُدايَنات، قال أستاذُنا: وقعَت واقعةٌ في زماننا،

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل السادس في كتابه إلى القاضي (٥/ ١٨٦).

(٢) في هامش (خ): (عبارة «البيري»: وقيده في «خزانة الأكمل» بما إذا شهد للمدعي رجل واحد له هيئة الصالحين). وهو كما ذكره البيري. انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب أدب القاضي، من «الأجناس»، حبس (٤/ ١١٦).

(٣) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب أدب القاضي، من «أدب القاضي» للخصاف (٤/ ١٠٢). وانظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٦٩).

وهي أن رجلا كان يشتري الذهبَ الرَّديءَ زمانًا، الدِّينارَ بخمسة دوانقَ)، ويَبيعُه ذهبًا خالصًا، (ثم بيَّنه[١]) لهم، (فاستحلَّ منهم)، أي: من المُشترين، (فأبرَؤُوه عمَّا بقي لهم عليه حالَ كونِ ذلك) الباقي (مُستهلَكًا)، هل يَبْرأ أو لا؟ فسُئِلتُ، (فكتبتُ أنا وغيري أنه يَبْرأ) عن الباقي، (وكتب رُكنُ الدين الزَّنْجاني) أنه لا يبرأ؛ لأنه إبراءٌ عن الرِّبا، و(الإبراءُ لا يعمل في الرِّبا؛ لأن ردَّه لحقِّ الشرع)، والعبد لا يقدر على إبطال حقِّ الشرع.

«وفي «البدائع»: إن الربا لا يحتمل الحِلَّ بالتحليل[٢]، وفيها: حرمةُ الرِّبا لا تحتمل الارتفاعَ بالرضا[٣]، وهذا نصٌّ في المسألة»، «بيري»[٤].

(وقال) الأستاذ: (وبه)، أي: بما أجاب به نجمُ الدين الزنجاني، (أجاب نجمُ الدين الحلمي مُعلِّلًا بهذا التعليل، وقال: هكذا سمعتُ عن ظهير الدِّين. قال الأستاذُ: فقرَّب من ظنِّي أن الجواب كذلك مع تردُّدٍ) فيه، (فكنتُ أطلُبُ الفتوى به لأمحُوَ جوابي) المُتقدِّم عنه، (فعرَضت هذه المسألةَ على علاء الأئمَّة الحناطي، فأجاب أنه يبرأ إذا كان الإبراءُ بعد الهلاك، وغضِب من جوابِ غيرِه أنه لا يبرأ، فازداد ظنِّي بصحَّة جوابي، ولم أمحُه).

(ويدلُّ على صحَّته)، أي: صحة جوابي، (ما ذكره البزدويُّ في «غنا الفقهاء» من جملة صُوَر البيع الفاسد: جملةُ العقود الربويَّة، يُملك العِوَضُ فيها بالقبض، قال رضي الله عنه: فإذا كان فضلُ الربا مملوكًا للقابض بالقبض، فإذا استَهلكَه على

(١) كذا في النسخ. وفي المطبوع مع «غمز العيون»: (تنبَّه)، وهو الأوفق بسياق المتن.

(٢) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب التضحية، فصل في أنواع كيفية الوجوب (٥/ ٦٧).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب القسمة، فصل في الشرائط التي ترجع إلى المقسوم له (٧/ ٢٠).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٠).

ملكه: ضمِن مثلَه، فلو لم يصحَّ الإبراءُ لردَّ مثله، فيكون ذلك ردَّ ضمانِ ما استهلَك، لا ردَّ عينِ ما استهلكه، وبردِّ ضمانِ ما استهلك لا يرتفع العقدُ السابق، بل يتقرَّر مُفيدًا للملك في فصل الرِّبا، فلم يكُن في ردِّه فائدةُ نقضِ عقدِ الربا ليجبَ ذلك حقًّا للشرع، وإنما الذي يجب حقًّا للشرع ردُّ عينِ الربا إن كان قائمًا، لا ردُّ ضمانه، فإنه يجب حقًّا للعبد، انتهى).

والحاصل: أن هنا حقين: حقًّا للعبد، وحقًّا للشرع مُتعلِّقًا بسبب هذا العقد، فحقُّ العبدِ ردُّ عينه إن كان باقيًا، وضمانِه إن كان مستهلَكًا، وحقُّ الشرع إنما هو بردِّ العينِ بنقضِ العقدِ السابق المَنهِيِّ عنه شرعًا، وإبراءُ العبد إنما يكون فيما يملكه، وهو الدَّين الثابتُ في الذِّمَّة، ولا شكَّ في براءته عنه؛ لأن المالك له قد أبرَأه عنه، وأما فيما لا يملكه، وهو حقُّ الشرع، فلا عملَ لإبرائه فيه؛ لأنه ليس حقًّا له، وقد تعذَّر الردُّ بعدم التصوُّر بعد الهلاك، وكلامُ رُكنِ الدين مفروضٌ فيه؛ ألا ترى أنه علَّله بقوله: لأن ردَّه لحقِّ الشرع، وكلامُ البزدوي صريحٌ في أن الثابت في الذِّمَّة ـ وهو ضمانه ـ قابلٌ للإبراء، فالواجب القطعُ بأن الضمان الثابتَ بالاستهلاك في الذِّمَّة يقع الإبراءُ عنه بإبرائه. وأما حقُّ الشرع، فلصاحبِه، لا دخلَ للعبد فيه، فكيف يقول بإبرائه؟ وقد تقدَّم من قبلُ أن هذا الإبراء العامَّ في ضمنِ عقدٍ فاسدٍ لا يمنع الدعوى، وذُكِر أن الإبراء عن الربا لا يصحُّ، فتُسمع فيه الدعوى وتُقبل البيِّنة.

وفي «شرح المَجمع» لابن ملَك من كتاب الصرف نقلا عن «الخلاصة»: «باع درهمًا بدرهم، وأحدُهما أكثرُ وَزْنًا، فحلَّل صاحبَ الأكثر من الزيادة: تجوز؛ لأنه هبةُ مُشاعٍ فيما لا يحتمل القسمة. وأما لو باع قطعةَ لحم بلحمٍ أكثرَ وَزْنًا، فوهَب الفضلَ: لا يجوز؛ لأنه هبةُ مُشاعٍ فيما يحتمل القسمة»[1]، انتهى.

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصرف (٣/ ١٠٢).

فهذا صريحٌ في أن عقد الربا ينتقض بِهِبة الفضل إذا كان مُشاعًا يحتمل القسمة، فتأمَّل.

(وقد أفتيتُ أخذًا من المسألة الأُولى)، وهي مسألةُ علاءِ الدِّين المروزي من قبول الشهادة على بعض المُقَرِّ به إذا كان ربا، (بأن الشُّهودَ إذا شهِدوا أن البعض لا حقيقةَ له، وإنما هو فعل مُواطَأة وحيلةٍ: تُقبل). والمُغايَرة بين هذه المسألة وبين الأُولى ظاهرةٌ، لكن قال الخير الرمليُّ: إن هذا الأخذ إنما يتمُّ على ما اختاره المُتأخِّرون من سماع دعوى الهَزْل في الإقرار، والتحليف عليه بأنه ما كان كاذبًا.

[مطلب: في إطلاق المحبوس]

(ولا يجوز إطلاقُ المحبوس إلا برضا خصمِه، إلا إذا ثبت إعسارُه) ببيِّنة، وهو الأحوطُ، والواحد العدلُ يكفي، ويقولان: حالُه حالُ المُعسِرين في نفقته وكِسْوته، وقد اختبرناه سِرًّا وعلانية.

وفي «المستصفى»: «إنما تقبل البيِّنةُ إذا قالوا: كثيرُ العيال ضيِّقُ الحال، وإذا قالوا: لا مالَ له، لا تُقبل».

وفيه إشارةٌ إلى أنه لا يُشترط حضورُ المدَّعي عند إقامة البيِّنة، وهو المُصرَّح به في «لسان الحُكَّام»[(١)]. وهذا إذا لم يكن حالَ المُنازعة، وإلا فلا بد من البيِّنة.

وهل إذا ادَّعى ربُّ المال يسارَه بعد إثبات الإعسار، له أن يُحلِّفَه؟ قال في «المُلتقَط»: نعم[(٢)].

---

(١) انظر: «لسان الحكام»، الفصل الأول في آداب القضاء (ص ٢٢٥). قال البيري (٢/ ١٧١) بعد أن نقل ما ذكره عن «لسان الحكام»: «أقول: كأنهم لم ينظروا لاحتمال أن الخصم لو كان حاضرا لأقام البينة على يساره، وعند التعارض بينة اليسار مقدمة».

(٢) لم أجده في «الملتقط». ونقل البيري (٢/ ١٧١) عن «الملتقطات»: «إذا شهد الشهود بإفلاسه، وادعى رب الدين أن له مالا: حلفه القاضي؛ لأن رب الدين يدعي شيئا خارجا عن علم الشهود».

وفـي «القنيـة»: «أراد ربُّ المال أن يُطلِقه قبل القضاء بإفلاسـه، وأبى المحبوسُ ذلـك: يجـب علـى القاضـي القضاءُ بـه، حتـى لا يُعيـده ربُّ الدَّيـن ثانيًا قبـل ظهور غِنـاه»[1]، انتهى.

(أو) إلا إذا (أحضَر الدَّينَ للقاضي في غَيبة خَصْمه)، فيُطلقه بلا رضا خصمِه، ثم إن القاضي إن شاء قبَض الدَّينَ ووضَعه على يدِ عدلٍ، وإن شاء أَخَذ منه كفيلا بالنفس والمال وأخرَجه.

بقي: «لو اختار المطلوبُ الحَبْسَ، والطالبُ المُلازمةَ: فالخيار للطالب[2]، إلا إذا عُلِم أنه يتعدَّى عليه بالمُلازمة، بأن يَتبعَه من الدخول في داره، أو يمنعه من الدخول، فحينئذ يَحبِسُه دفعًا للضرر عنه، كما في «المشرع». وقيل: إن كان مُفلِسًا مُعدِمًا: لا يلازمه؛ لأن المُلازَمة شرٌّ من الحبس.

ولا يُؤاجَر المُفلسُ عندنا، وقيل: يُؤاجَر، وقيل: إنْ استدانَ في الفساد والمعاصي: يُؤاجَر عُقوبةً له، إن رآه القاضي»، «بيري»[3].

[فائدة: تصرُّف القاضي في الأوقاف مبنيٌّ على المَصلحة]

(تصرُّف القاضي في الأوقاف مَبنيٌّ على المَصلحة، فما خرَج عنها)، أي: عن المصحلة، تصرُّفٌ (باطلٌ، وقد ذكَرنا من ذلك)، أي: من تصرُّف القاضي المبنيِّ على المصلحة والخارج عنها، (شيئًا في فنِّ القواعد).

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٢).

(٢) لأن ما يؤثره الطالب أشد على المديون ظاهرا؛ لأنه ملازمة من لا يحاسنه أشد من كل شديد، فيكون أقضى إلى قضاء دينه، «بيري».

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٢).

[فرع: لا يصحُّ عزلُ القاضي ابنَ الواقفِ المشروط له النظرُ]

(ومما يدُلُّ عليه)، أي: على أن تصرُّفَ القاضي في الأوقاف مبنيٌّ على المصلحة، (أنه لو عزَلَ القاضي ابنَ الواقف عن النظر المشروطِ له، وولَّى غيرَه بلا خيانةٍ منه: لم يصحَّ) العزلَ، (كما في «فصول العمادي» من الوقف، و«جامعِ الفصولين» من القضاء[(١)]).

[فرع: ينظُر القاضي الثاني في ما عيَّنه الأوَّلُ للناظر من الأجر]

(ولو عيَّن) القاضي (للناظر معلومًا)، ولم يكُنْ عيَّن له الواقفُ شيئًا، (وعُزِل)، أي: القاضي المُعيِّن للناظر، (نظَر) القاضي (الثاني) إلى الناظر، (إن كان ما عيَّنه له القاضي) الأوَّل (بقدرِ أجرِ مثلِه أو دونه: أجرَاه) القاضي (الثاني عليه، وإلا)، بأن كان أزيدَ من أجرِ المثل: (جعَل) القاضي الثاني (له أجرَ المثل، وحطَّ الزائدَ، كما في «القنية» وغيرها).

ولم يتعرَّض لما إذا استوفى ذلك، قال في «الخلاصة»: «يرُدُّ الزائدَ على القيِّم»[(٢)]، انتهى. والظاهر أنه يرُدُّ هنا.

وهل إذا عيَّن الواقفُ شيئًا زائدًا على أجر المثل، هل له أن يحُطَّ الزائد، أم يَتبَع شرطَه؟ قال الحمَوي: «لم أرَه»[(٣)].

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الأربعون في خلل المحاضر والسجلات (٢/ ٢٦٢).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الثامن في نصب الوصي، الجنس الثالث في تصرف الوصي (٤/ ٤٤).

(٣) بل قال: «محلُّ نظر». «غمز العيون» (٢/ ٤١١).

وفي هامش (خ): (قوله: لم أره، لا شك أنه يتبع شرط الواقف).

[فرع: يحرُم إحداثُ تقرير فرَّاش في المسجد بغير شرط الواقف]

(ومنها)، أي: مما يدُلُّ عليه، (حُرمةُ إحداثِ تقريرِ فرَّاشٍ في المسجد بغير شرطِ الواقف، كما في «الذخيرة»(١) وغيرها)، وقد تقدَّمت في الفنِّ الأوَّل.

[فرع: من اعتمد على أمر القاضي لم يخرُج عن العُهدة]

(وقد ذكَرنا في القاعدة الخامسة) من النوع الثاني من القواعد: (أن مَن اعتمَد على أمر القاضي الذي ليس بشرعيٍّ: لم يخرُج) المأمورُ (عن العُهدة)، أي: عهدة الضمان؛ لأن تصرُّفَه مبنيٌّ على المصلحة، (ونقَلتُ هناك)، أي: في تلك القاعدة، فرعًا من «فتاوى الولوالجي»)، وهو: «رجلٌ أوصَى إلى رجل، وأمر أن يتصدَّق من ماله على فقراء بلدة كذا بمائة دينار، وكان الوصيُّ بعيدًا عن تلك البلدة، وله بتلك البلدة غريمٌ له عليه الدارهم، ولم يجِد الوصيُّ إلى تلك البلدة سبيلا، فأمَر القاضي الغريمَ بصَرْفِ ما عليه من الدراهم إلى الفقراء، فصرَفها: فالدَّينُ عليه باقٍ، وهو مُتطوِّعٌ في ذلك الصَّرْف، ووصيَّةُ الميِّت قائمةٌ»(٢)، انتهى.

(ولا يُعارِضُه)، أي: ما قاله الولوالجي، (ما في «القنية»: طالبَ القيِّمَ)، مفعولٌ مقدَّم، (أهلُ المحلَّة أن يُقرض من مال المسجد للإمام، فأبَى) أن يُقرضه، فأمَره، أي: القيِّمَ، (القاضي به)، أي: بالإقراض له، (فأقرَضه ثم مات الإمامُ مُفلِسًا): لا يضمن القيِّمُ، انتهى.

وهذا يدلُّ على أن من اعتمَد على أمر القاضي يخرُج عن العهدة، وقضيَّة مسألة

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوقف، الفصل العشرون في المساجد وما يتصل بها، نوع آخر في المسائل التي تعود إلى قيم المسجد (٩/ ٦٥).

(٢) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الصلح، آخر الفصل الثالث في صلح أحد ربي الدين عن دين مشترك (٥/ ٤٥).

«الولوالجية» أن يضمن القيِّمُ، ولا يخرُج عن العُهدة بالأمر؛ للفرق بينهما، (لأنه) إنما (لا يضمَن) هنا (بالإقراض بإذنِ القاضي)؛ لأن الأمر فيه شرعيٌّ؛ (لأن للقاضي الإقراضَ من مال المسجد)، وكلُّ ما يجوز له فعلُه يجوز أمرُه به، فقد اعتمد على أمرٍ شرعيٍّ، بخلافه في مسألة «الولوالجية»، فإنه ليس للقاضي أن يُصرف ما على الغريم من الدارهم للفقراء، فلا يجوز أمرُه به.

(وفي «الكافي» من الشهادات: الأصحُّ أن القاضي إذا علم أن المَحضَر)، أي: الذي أحضر للدعوى عليه، (مُسخَّر: لا تجوز إقامةُ البيِّنة عليه)، ولا يجوز له أن يسمع عليه الدعوى.

ويُستفاد منه: أن القاضي إذا كان يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره في الدعوى، وأنه لا تخاصُمَ ولا تنازُعَ في نفس الأمر بين المُتداعِيَين: ليس له سَماع هذه الدعوى، ولا يُعتبر القضاءُ المُترتَّب عليها، ويجوز الاحتيالُ لحُصول القضاء بمثل ذلك إذا كان القاضي عالمًا بحال هذه الدعوى. وأما إذا لم يعلَمْ: عُذر ونفَذ قضاؤه.

قال في «الفواكه البدرية» بعد نقله لذلك: «ولعمري إن هذا شيءٌ عمَّت به البلوى، وبلَغت شهرةُ اعتباره عند الأعيان الغاية القُصوى»، انتهى.

وعلى هذا شهادة الزُّور، فإنها لا تنفُذ إذا كان القاضي عالمًا بها، كما في «البيري»[1].

وقد تقدَّم أن جواز الحكم على المُسخَّر مبنيٌّ على جواز الحكم على الغائب، وأن المعتمَد عدمُه.

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٣).

[فائدة: لا يجوز إثبات الوكالة والوصاية بلا خصم حاضر]

(لا يجوز إثباتُ الوكالة والوِصاية بلا خصمٍ حاضر)، وقد تقدَّم قريبًا أن هذا هو الصحيح.

[فائدة: لا تُقبل شهادة المُغفَّل، ويُقبل إقرارُه]

(لا تُقبل شهادةُ المُغفَّل، ويُقبل إقرارُه، كما في «الولوالجية»[1]). وقال أبو يوسف: أُجيز شهادتَه ولا أُجيز تعديلَه؛ لأن التعديل يحتاج إلى الرأي والتدبُّر، «محيط».

وفي «البزازية»: «شهد أنه سرَق من هذا، ثم قالا: غلِطنا، بل سرَق من هذا: لا تُقبل؛ لأنها اعترافٌ بالغفلة والغلَط، وشهادةُ المُغفَّل لا تجوز»[2]، انتهى.

[فرع: شهادةُ النكاح أَولى من شهادة الطلاق]

(شهِدا على أنه مات وهي امرأتُه، وآخران أنه طلَّقها: فالشهادةُ الأُولى أَولى)، وهو قول الفضلي؛ لاحتمال أنه راجَعها بعد الطلاق، ولم يقف الآخَران على ذلك، وقال السغدي: الثانية أَولى؛ لأنها أثبَتت زيادةَ الطلاق بعد النكاح.

[فرع: تنازَعا في وَلاء رجلٍ بعد موته]

رجلان (تنازَعا في وَلاء رجل بعد موته، فبرهَن كلٌّ)، أي: كل واحد منهما، (أنه أعتَقه، وهو يَملكه)، أي: والحال أنه في حالة الملك له: (يثبُت

---

(١) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب المضاربة، الفصل الثاني فيما يضمن المضاب بالتصرف في مال المضاربة (٤/ ١١٠ و١١٤).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الفصل الثالث في الموافقة بين الدعوى والشهادة، مسائل في زيادة الشاهد وتنقيصه (٢/ ٢٧٨).

الـولاءُ لهمـا، والميـراثُ بينهمـا)؛ لعـدم ترجيـح أحدِهمـا علـى الآخـر.

وهذا إن لم يُؤرِّخا، وإلا فالعبرةُ للسابق، كما في «الخزانة».

«وهذا في وَلاء العَتاقة. وأما في ولاء المُوالاة، فالأخير أحقُّ ما لم يثبُت أن الأوَّل عقَل عنه.

وقيدُ «بعد موته» ليس بقيدٍ[1]، وإلا فلو صدَّق[2] أحدَهما: فالولاءُ له، وإلا فالولاء بينهما. ولو برهن أحدُهما على ولاء العَتاقة، والآخر على ولاء الموالاة: فبيِّنةُ الثاني أَولى»، «بيري»[3].

(كما لو بَرهَنا على نسَب ولدٍ كان بينهما): يثبُت منهما، والميراثُ لهما.

(وأيُّ بيِّنةٍ سبَقت) من هاتَين البيِّنتَين، (وقُضِي بها: لم تُقبل) البيِّنةُ (الأُخرى)؛ لاعتضادِها بالقضاء.

[فرع: عدمُ علم الشُّهود بالثمن والمهر]

(سُئل الشُّـهودُ بالبيع عـن الثمن، فقالـوا: لا نعلَم، لـم تُقبل) شـهادتُهما، (و) لو سُئل الشُّـهودُ (بالنـكاح عن المهر فقالـوا: لا نعلم، تُقبل، كما فـي «الصيرفية»)؛ لأن البيـع لا تحقُّـق لـه بـدون الثمـن، بخـلاف النـكاح، فإنـه يتحقَّـق ويُقضَـى لها بمهـر المثل.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ليس بقيد، هو قيد بالنظر لكون الولاء بينهما بدون تفصيل، وفي حال الحياة فيه تفصيل، وهو أنه إن صدق أحدهما اختص بالولاء، وإن كذبهما فالولاء بينهما، انتهى).

(٢) أي: لو صدَّق العبدُ.

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٥).

ولو اختلفا في المهر(١): يُقضى بالأقلِّ عند أبي حنيفة، ولا تُقبل الشهادةُ عندهما؛ لأنهما اختلفا في البدل، فلا تُقبل. وله: أن المال تابعٌ، والمقصود البُضْع، وقد اتفقا، فيُقضى بما اتفقا عليه، وهو الأقلُّ، وقيل: يُفصَّل على قوله، إن كان المُدَّعي الزوجَ: لا تُقبل، وإن كانت المرأةُ المُدَّعيةَ: تُقبل، والأوَّل هو **الأصحُّ**، «زيلعي»(٢).

[فائدة: لا يُفتى بجواز تحمُّل الشهادة على المُتنقِّبة]

(**الأصحُّ أنه لا يُفتى بجواز تحمُّل الشهادة على المُتنقِّبة**)، أي: لابسةِ النقاب، ولا بد من رُؤية وجهِها(٣)، كما مر.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ولو اختلفا في المهر... إلخ. في «الملتقى»: وإن اختلفا، أي: الزوجان، في قدر المهر، ولا بينة: فالقول لها مع اليمين إن كان مهر مثلها كما قالت، أو أكثر؛ لشهادة الظاهر لها، والقول له بيمينه إن كان مهر المثل كما قال، أو أقل، وإن كان بينهما، أي: أكثر مما قال وأقل مما قالت، ولا بينة: تحالفا، فإن حلفا: فالنكاح باق، ولزم مهر المثل، وأي برهن قُبِل برهانه، وإن برهنا: فبينته أولى، حيث يكون القول لها، وبينتها حيث يكون القول له، انتهى بزيادة من «شرحه».
وفي «شرح الجامع» للحصيري: شهد أحدهما بالنكاح بألف، والآخر بألف وخمسمائة: على قول أبي حنيفة يقضي بالعقد بألف، وعلى قول أبي يوسف ومحمد لا يقضى بها؛ لأنهما اختلفا في بدل العقد، فلا تقبل. ولأبي حنيفة: أن المقصود في النكاح البضع، والمال فيه تبع، ولهذا صح من غير ذكر المهر، ويملك النكاح من لا يملك التصرف في المال، وقد اتفق الشاهدان على ملك البضع، فيقضى بما اتفقا عليه، وهو الألف. ومن المشايخ من قال: على قولهما لا تقبل الشهادة، وعلى قول أبي حنيفة الجواب فيه على التفصيل: إن كان المدعي هو الزوج: لا تقبل، وإن كانت المرأة: تقبل، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في «المبسوط». وفي «الزيلعي»: والأول هو الأصح، انتهى. وبه تعلم الإجمال الذي في كلام الشارح، والخلل في النقل، ونسأل الله العفو عن زلاته).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الشهادة، باب الاختلاف في الشهادة (٤/ ٢٣٦).

(٣) قال البيري (٢/ ١٧٦): «قال في «التاتارخانية»: اختلف المشايخ في ذلك؛ فبعضهم وسع، وقال: يصح عند التعريف، وبعضهم قال: لا يصلح التحمل عليها بدون رؤية وجهها. ثم قال: على قول =

[فرع: لا يجوز تحمُّلُ الشهادة إذا سمع من وراء جدارٍ]

(وأجمعوا أنه لا يجوز له أن يتحمَّلها إذا سمِعه من وراء جدارٍ)، «وهو لا يراه، وإن سمِع كلامَه؛ لأن الكلام يُشبه بعضُه بعضًا»، «تاتارخانية»(١)، إلا أن يعلَم أنه ليس وراءَ الجدار غيرُه، كما مر، (كما في «المجتبى»).

[فرع: شهدا بطلاق أو إعتاق، وقالا: لا ندري في صحَّة أو مرض]

(وفي «البزازية»: شهِدا بطلاق أو إعتاق، وقالا: لا ندري) كان ذلك الطلاقُ أو العتاق (في صحَّة أو مرض: فهو)، أي: ما ذُكر، محمولٌ (على المرض)، لا على الصحَّة؛ لأن الأصل في الحَوادث أن تُضاف لأقرب أوقاتِها، «محيط».

[فرع: القول للوارث أن المريض كان يَهذي عند الشُّهود]

(ولو قال الوارثُ)، يعني: لو برهن العبدُ على عتق مولاه في المرض، فقال: (كان) المريض (يَهذي) حين دخل عليه الشهودُ: (يُصدَّق) الوارثُ، أي: القول له،

= أبي يوسف: إذا أخبره عدلان أنها فلانة: فذلك يكفي. وعلى قول أبي حنيفة: لا تحل له الشهادة ما لم يسمع من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب. والفقيه أبو بكر الإسكاف كان يفتي بقولهما في هذه المسألة، وهو اختيار نجم الدين النسفي، وعليه الفتوى، ويصح تعريف من لا يصلح شاهدا لها، سواء كان الإشهاد لها أو عليها. وفي «الفتاوى العتابية»: ويقبل في تعريفها قول أبيها وابنها وزوجها. ومن المشايخ من قال: إذا كان الإشهاد لها: لا يصح تعريف من لا يصلح شاهدا لها، انتهى. وفي «عمدة الفتاوى»: لا تجوز الشهادة على امرأة إلا أن يشهد عدلان أنها هي؛ لأن الشهادة على المجهولة باطلة».

وانظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الشهادة، أوائل الفصل الأول في حل تحمل الشهادة وحل أدائها (١١/ ٣٩٤).

(١) «الفتاوى التاتارخانية» (١١/ ٣٩٦).

(حتى يَشهدوا أنه كان صحيحَ العقل). ولو أقرَّ الوارثُ بالإعتاق، إلا أنه ادعى أنه كان يهذي: فالقولُ قول الغلام، وهو حرٌّ حتى يُقيم البيِّنة أنه كان يهذي، كما في «الفتاوى».

ولو ادَّعت المرأةُ أنه طلَّقها في المرض، ومات وهي في العِدَّة، فلي الميراثُ، وقالت الوَرثة: طُلِّقت في الصحَّة ولا ميراثَ لك: فالقولُ قولُها. ولو أقاموا بيِّنةً، ووقَّتوا وقتًا، وشهِدت بيِّنةُ الوَرثة أنه كان صحيحًا في ذلك الوقت: أخذ ببيِّنة الوَرثة، «عمادية».

وفيها: لو اختلفوا، فقال الزوج: وهبَتْ المهرَ في صحَّتها، وقالت الوَرثة: بل في مرضها، فالقولُ للزوج؛ لأن تصرُّفات المريض نافذةٌ، وإنما تُنقَض بعد الموت، وقد اختلفا، فالقولُ لمن يُنكر النقضَ، وقيل: القولُ لمن يدَّعي المرضَ؛ لأنه يُنكر لزومَ العقد، «قنية»[1].

[فرع: شهدا أنه زوجُ الكبرى]

(وفي «الخزانة»): اختلف الأبُ والزوج، فقال الزوج: زوَّجتَني بنتكَ الصُّغرى، وقال الأب: زوَّجتُكَ بنتي الكُبرى، فشهِد شاهدان، و(قالا: هو زوجُ الكُبرى، ولكن لا ندري الكُبرى: يُكلَّف الأبُ إقامةَ البيِّنة أن الكُبرى هذه)، «ولو برهَنا: فبيِّنةُ الزوج أَولى»، «بيري»[2].

[فرع: شهدا أنها زوَّجت نفسَها منه، أو أنه باع منه هذه العين]

(شهِدا أنها زوَّجت) هذه المرأةُ (نفسَها منه، و)قالا بعد ما شهدا بالتزويج: لكن (لا نعلَم في الحال أهي امرأتُه أو لا؟ أو شهِدا أنه باع منه هذه العينَ، ولا ندري أنها مِلكُه في الحال أم لا): تُقبل البيِّنةُ، و(يُقضى بالنكاح) في الأُولى، (وبالمِلك)

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٨).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٨).

في الثانية (**في الحال؛ للاستصحاب**)؛ «لأنها تُثبت الملكَ فيهما في الماضي، وما ثبت في زمان يُحكم ببقائه ما لم يوجد المُزيل، لكن هذا عملٌ بالظاهر، و**الظاهر إنما يصلُح للدفع، لا للاستحقاق**، وكلامُنا فيه، فينبغي أن لا تُقبل الشهادة فيه، وإنما قُبلت دفعًا للحرج، كما في «جامع الفصولين»»[١].

ويُزاد على ما ذكره المصنِّف ما في «جامع الفصولين»: ادَّعى على آخرَ خمسةَ دنانير مثلًا، فشهِدوا أنه دفعَها إليه، ولكن لا ندري أمِن هذا الدَّين أو من دَين آخَر: تُقبل ويَبْرأ، هو **الصحيح**[٢]، انتهى.

وفي «القنية»: ادَّعى على آخر دَينًا على مُورِّثه، وشهدوا أنه كان على الميِّت دينٌ: لا تُقبل حتى يشهدوا أنه مات وهو عليه.

وفي «خزانة المفتين»: شهدوا أن فلانا دفَعه إليه، ولم يقولوا: إنه ملكُ فلان، أو قالوا: لا ندري لمن هو، تندفِع الخُصومة.

وفي «القنية»: شهدا على إقرار رجلٍ بدَين، وقال المشهودُ عليه: أتَشهدان هذا القدر عليَّ الآن؟ فقالا: لا ندري أهو عليك الآن أم لا: لا تُقبل.

وفي «خزانة الأكمل»: إذا شهدا عند القاضي بدارٍ أو غيرها في يد رجل: يكفي ذلك، ولا عليه أن يقول: لا تعلَمان أنه باع أو وهَب، وإن فعل: فلا بأس[٣]، «بيري»[٤].

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الحادي عشر في الاختلاف بين الدعوى والشهادة وفي اختلاف الشاهدين (١/ ١١٧).

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى (١/ ١٠٦).

(٣) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الشهادات، من «الزيادات» (٤/ ٤٥).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٧٩ ـ ١٨٠).

[فائدة: الشاهدُ في العقد شاهدٌ في الحال]

(والشاهد في العقد شاهدٌ في الحال)، «فلو شهدوا أن فلانا وهَب الدارَ من عمرو، والدارُ كانت في يده يومَ الهبة، أو باع الدارَ، وكانت في يده يومَ البيع: تُقبل البيِّنة، ويُقضَى بها للمدَّعي؛ لأنهم وإن لم يشهدوا بالملك للواهب والبائع نصًّا فقد شهِدوا بالملك حكمًا؛ لأن الشهادة باليد عند سبب الملك تُجعَل كالشهادة بالملك حكمًا[1]؛ لأن الأملاك لا تُعرف إلا بها»، «ولوالجية»[2].

وفي «جامع الفصولين»: «الشهادةُ بالإسكان والدارُ بيد الساكن: شهادةٌ بالتسليم، كما أن الشهادة بالهبة والدارُ بيد الموهوب له يومَ الهبة: شهادةٌ بالهبة وبالتسلم»[3]، انتهى.

[فرع: يشهد بالنِّتاج لدابَّةٍ رآها تَتبع أُخرى وترضَع منها]

(وفي «البزازية» مُعزِيًا إلى «الجامع»: الشاهدُ إذا عايَن دابَّةً تَتبَعُ دابَّةً، وترضَع منها)، ثم رآها في يدِ آخرَ: (له أن يَشهَد بالمِلك والنِّتاج) للأوَّل، (انتهى)، إذا وقع في قلبه أنه له، وإلا لا يسَعُه أن يشهد، كما في «تلخيص الكبرى»، وإلا إذا أخبَره عدلان أن هذا الثاني أودَعه الأوَّلَ: فلا تسَعُه الشهادةُ للأوَّل، وفي الشهادة بالنِّتاج لا تُشتَرط الشهادةُ على الولادة.

وفي «الملتقى» و«شرحه»: «ومن رأى شيئًا سِوى الآدميِّ[4] في يدِ مُتصرِّفٍ فيه

---

(١) لأن اليد عند سبب الملك جعل دلالة على الملك حكمًا، «ولوالجية».

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس فيما يقبل البينة على عتق جميع العبد وما لا يقبل (٤/ ١٩٦).

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى وفي دعاوى الدفع (١/ ٩٩).

(٤) في هامش (خ): (قوله: سوى الآدمي، يعني: الرقيق الكبير).

تصرُّفَ المُلَّاك[١]: له أن يشهد أنه له إذا وقع في قلبه ذلك[٢]. وأما الآدميُّ، إن علِم رقَّه، أو كان صغيرًا لا يُعبِّر عن نفسه: فكذلك.

[ولو فسَّر الشاهدُ للقاضي أنه شهد بالتسامُع أو بمُعايَنة اليد: لا يقبلها على **الصحيح**][٣]، إلا في الوقف والموت، كما في «التنوير»[٤]. زاد القهستاني: وفي النكاح والنسب[٥]. وفي «الخانية»: معنى التفسير أن يقولا: شهِدنا لأنَّا سمِعنا من الناس. أما لو قالا: لم نُعايِنْ ذلك، لكن اشتَهر عندنا: جازت في الكلِّ[٦]، وعزاه في «المنح» إلى «الخلاصة»[٧] و«البزَّازية»[٨]، وصحَّحه شارحُ «الوهبانيَّة»[٩] وغيره»[١٠]، انتهى.

---

(١) في النسخ: (المال)، والمثبت من «الدر المنتقى».

(٢) في هامش (خ): (قوله: ذلك، أي: أنه ملكه، وإن لم يقع في قلبه ذلك: لا يجوز له أن يشهد، وبه نأخذ، ذكره القهستاني. ولو عاين القاضي: جاز له القضاء به، كما في «البزازية»، أي: إذا ادعاه المالك، وإلا لا، «در منتقى»).

(٣) ما بين المعقوفتين من «الدر المنتقى»، وما في النسخ غير مستقيم، ففي (ع) بعد قوله: (فكذلك): (فلو شهد بالمعاينة لا تقبل)، وفي (خ): (فلو شهد بما لم يعاينه لا تقبل).

(٤) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الشهادات، باب القبول وعدمه (ص ٤٨٦).

(٥) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الشهادة (٢/ ٤٢٤ ـ ٤٢٥).

(٦) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل: الشاهد يشهد بعدما أخبر بزوال الحق (٢/ ٤٨٤).

(٧) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الأول في المقدمة، نوع في الشهادة بالتسامع (٤/ ٥٥).

(٨) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الفصل الأول في المقدمة (٥/ ٢٤١).

(٩) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الشهادات (١/ ٣١٢).

(١٠) «الدر المنتقى»، كتاب الشهادات، فصل: يشهد بكل ما سمعه أو رآه (٣/ ٢٦٩ ـ ٢٧١).

«ولو شهدوا أنها ولَدت عنده، ولم يشهدوا أنها له: لا يقضي بها للمدَّعي»، «خانية»[١].

[فائدة: لا يُحلَّف المُدَّعي إذا حُلِّف المُدَّعى عليه، إلا في مسألة]

(لا يُحلَّف المُدَّعي إذا حُلِّف المُدَّعى عليه، إلا في مسألة ذكرناها في الدعوى من «الشرح» عن «المحيط) الرَّضوي»، (وقال فيه)، أي: «المحيط»، (إنها من خواصِّ كتابنا وغرائبِه، فيجب حفظُها)، وهي: «لو قال المغصوبُ منه: كانت قيمةُ ثوبي مائةً، وقال الغاصب: لا أدري ما قيمتُه، ولكن علِمتُ أن قيمته أقلُّ من مائة: فالقولُ للغاصب مع يمينه، ويُجبَر على البيان؛ لأنه أقرَّ بقيمةٍ مجهولة، فإذا لم يُبيِّن: يُحلَّف على ما يدَّعي المغصوبُ منه من الزيادة، فإن حلَف: [يُحلَّف] المغصوبُ منه أيضًا أنه[٢] مائةٌ، [و] يأخُذ من الغاصب مائةً، فإذا أخذ، ثم ظهر الثوبُ: فالغاصب بالخيار، إن شاء رضي بالثوب، أو ردَّه وأخذ القيمة»[٣].

وفي «التاتارخانية»: «[وذكَر] في باب الاستحسان: ردَّ اليمين [إلى المدَّعي] في مسألة، وصورتُها: رجلٌ ادَّعى على رجل أنه غصَبه ثوبًا، فأقرَّ الغاصبُ بذلك واختلفا في قيمته، فقال المغصوب منه: كانت قيمتُه مائةً، وقال الغاصب: أقلَّ من مائة، فالقولُ للغاصب [مع يمينه]، ويُجبر على البيان، فإن أخبَر بشيء: عمل به، وإن لم يُخبِر بشيء: يُحلَّف على ما يدَّعيه المغصوبُ منه من الزيادة، فإن حلف: لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه ما لم يحلف أن قيمته مائة[٤]، فإن حلف: أخذ من الغاصب مائةً.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، فصل في دعوى المنقول (٢/ ٣٨٩).

(٢) أي: قيمة ثوبه.

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٤).

(٤) كذا في النسخ، وفي «التاتارخانية»: «فإن حلف، ولم يثبت ما ادعاه المغصوب منه: ذكر أن المغصوب منه يحلف أن قيمة ثوبه مائة».

وطعَن الحاكمُ الإمام أبو محمد على محمد فيما ذكر أن المغصوبَ منه يُحلَّف[١] بأنَّ اليمين لم تُشرَع عندنا حُجَّةً للمُدَّعي، وقال: الجواب الصحيحُ عندي: أن بعد ما أَبى الغاصبُ بيانَ قيمة المغصوب: يُوقفه القاضي بين يدَيه، ويقول له: أكانت قيمةُ الثوب مائةً؟ أكانت[٢] خمسين؟ أكانت[٣] ثلاثين؟ إلى منتهى أقلِّ ما يجوز[٤] أن يُجعَل قيمةَ الثوب في العُرف والعادة، فإذا انتهى إلى ذلك أَلزَمه ذلك، وجعل القول قولَه في الزيادة مع يمينه»[٥].

وجعَل الجوابَ فيه نظيرَ الجواب فيما إذا أقرَّ بحقٍّ مجهولٍ في عينٍ في يده لغيره، فأبى أن يُبيِّن مقدارَه: فالقاضي يُوقفه بين يديه، ويُسمِّي السِّهامَ، حتى ينتهي إلى أقلِّ السهام التي لا تُقصد بالتمليك في العُرف والعادة، ويُلزمه ذلك، ويجعلُ القولَ قولَه في الزيادة مع يمينه... إلخ.

وفي «الجامع الصغير»: «الصُّلح على ترك اليمين جائزٌ، حتى لا يكون له استحلافُه بعد الصلح، فلما جاز الصلحُ: جاز ردُّ اليمين على وجه الصُّلح»، انتهى.

قـال الطوري: «والحصرُ في هذه المسـألة ممنـوعٌ[٦]؛ لما فـي «الكنز» وغيره:

---

(١) على أن قيمة ثوبه مائة، ويأخذ من الغاصب مائة، وقال: المغصوب منه يدعي زيادة القيمة، واليمين لم تشرع حجة للمدعي... إلخ.

(٢) في النسخ: (أو كانت).

(٣) في النسخ: (أو كانت).

(٤) في «التاتارخانية»: (لا يجوز). والمثبت أوفق بالسياق.

(٥) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الدعوى، أواخر الفصل الأول في معرفة المدعي والمدعى عليه (٨/١٣).

(٦) في (خ): (غير مسلم).

إذا اختلفا في قدر الثمن والمبيع، ولا بيِّنةَ: تحالَفا، وبُدِئ بيمين المُشتري إن كان بيعَ عينٍ بدَين، فإن كان بيعَ عينٍ بعين أو ثمنٍ بثمن: يُبدأ بأيِّهما شاء. ولو اشترى أمةً بألف وقبَضها، ثم تقايَلا، وقبل قبضِها اختلفا في قدر الثمن: تحالَفا. ولو اختلفا في الأُجرة، أو المنفعة، أو فيهما قبل التمكُّن في المُدَّة: تحالَفا»(١)، انتهى.

[فائدة: اللَّعِبُ بالشِّطْرَنْج لا يسقُط العدالة، إلا بأُمورٍ]

(اللَّعِبُ بالشِّطْرَنْج)، بالشين والسين، والأوَّل أشهر، وبالكسر والفتح، وفي «القاموس»: «لا يُفتَح أوَّلُه»(٢)، قيل: عربي، و**الصحيحُ** أنه مُعرَّب، فقيل: صد رنك، أي: مائة حيلة، والمرادُ التكثير، لا خصوصُ العدد، وقيل: شدر رنك(٣)، أي: زالَ العَناءُ، وقيل: شش رنك، أي: ستَّةُ ألوان، وهي أنواعُ قِطَعِه(٤).

وفي «الحاوي الشافعي»: «لعِب به من الصحابة: الحسنُ بن عليٍّ، وابنُ الزُّبير، وأبو هريرة. ومن التابعين: عليُّ بنُ الحسين، وسعيدُ بن المسيب، وسعيد بن جُبير، والشعبي، وعكرمة، ومحمد بن سِيرين»(٥)، انتهى.

(لا يُسقِط العدالة، إلا بواحدٍ من خمس: القمار عليه، وكثرةُ الحَلف عليه)، فُهِم مِن قيْد الكثرة أن مجرَّد الحلف عليه بدونها لا يُسقِطها، (وإخراجُ الصلاة عن

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤١٥).

(٢) «القاموس المحيط»، باب الجيم، فصل الشين (ص ١٩٥).

(٣) في «تاج العروس»: «شدرنج».

(٤) انظر: «تاج العروس» (٦/ ٦٣).

(٥) انظر: «الحاوي الكبير» للماوردي (١٧/ ٣٦٦ ـ ٣٦٧).

وقتها بسببه، واللَّعِبُ به على الطريق، وذكرُ شيءٍ من الفِسْق عليه، كما بيَّنَّاه في «شرح الكنز»[(١)]).

وزاد في «الحواشي» سادسةً، وهي: المُداوَمة عليه.

وظاهرُ «المجمع» إسقاطُها[(٢)]، قال: «ونُحرِّمُ[(٣)] الشطرنجَ مطلقًا، قامَر أو لا»[(٤)]، انتهى.

وإنما لم تسقُط العدالةُ بلَعِبه ـ وإن كان حرامًا ـ لمحلِّ الخلاف فيه، فإن الشافعيَّ وأبا يوسف قالا بإباحته بهذه الشروط، واختاره ابنُ الشحنة؛ لأنه يَشحَذ الأذهانَ[(٥)]، وقال الصعلوكي من الشافعية: «إذا سلِم المالُ من الخُسران، والصلاةُ من النسيان، والكلامُ من الهذَيان: فهو أدبٌ بين الخِلَّان».

وأما اللَّعِب بالطاب والنَّرْد، فِسقٌ مطلقًا.

[فائدة: دعوى الملكِ لا يصحُّ إلا على ذي اليد، بخلاف الفعلِ]

(الدعوى على غير ذي اليدِ لا تُسمع، إلا في دعوى الغصب في المنقول)، فإنها تُسمع، «وإن كانت العينُ في يد غاصبٍ غائبٍ»، «بزازية»[(٦)]؛ لأن اليد هنا ليست بشرطٍ[(٧)].

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٩١).

(٢) أي: العدالة.

(٣) في النسخ: (ويحرم)، والمثبت من «مجمع البحرين».

(٤) «مجمع البحرين»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٨٢٣).

(٥) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٩١).

(٦) قال فيها في كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع، نوع في المخمسة (٥/ ٣٨٧): «دعوى الملك لا تصح إلا على ذي اليد أو نائبه، بخلاف دعوى الفعل، فإنه يصح على غير ذي اليد، فإن دعوى الغصب يصح على الغاصب، وإن كان العين في يد غاصب غائب».

(٧) أي: في الخصومة.

(وأما) التعدِّي (في الدُّور والعقار[١]، فلا فرق، كما في «اليتيمة»)، بين كونه في يدِه أو لا، حيث لا تُسمع البيِّنةُ إلا إذا ثبَتت يدُه بالبيِّنة أو علمِ القاضي، وذلك لأن في وضع اليد في العقار شُبهةً؛ لكون الوضع فيه غيرَ مُشاهَد، بخلاف المنقول، فإنه فيه مُشاهدٌ، فوجب إثباتُها[٢] بالبيِّنة في دعوى العقار لدفع الشُّبهة، بخلاف المنقول، فلو غصب عقارًا، فهلك في يده: لا يضمن، خلافًا لمحمد، **وبقوله يُفتَى في الوقف وعقار اليتيم**. وما نقص منه بفعلِه، كسُكناه وزَرْعِه: ضمِنه إجماعًا، وكذا يضمنه إذا باع وسلَّمه، أو جحَده المُودَع، أو رجع به الشاهدُ بعد القضاء، فلا يضمن العقارَ إلا في هذه.

[فائدة: شهادةُ الزوج على زوجته مقبولةٌ، إلا في مواضعَ]

(شهادةُ الزوج على زوجته مقبولةٌ، إلا بزِناها وقد قذَفها، كما في) باب (حدِّ القذف).

«وهل تُقبل شهادتُه على ردَّتِها؟ محلُّ تردُّد، وينبغي إن كان له عليها مهرٌ: لا تُقبل، وإلا تقبل، وهذا إذا كان قبل الدخول، لا بعده، وبعد الإبراء»، «حموي»[٣].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وأما في الدور والعقار... إلخ، يتراءى منه المخالفة لما تقدم من أن لزوم إثبات اليد في دعوى العقار فيما إذا ادعاه ملكا مطلقا، فليتأمل في التوفيق بين كلاميه، وكان اللائق بمقام الشارح التنبه لمثل هذا؛ فإن التسطير وتكثير الأوراق لا يفيد الفقيه شيئا؛ إذ الفقه فروعه معلومة في كتبه، انتهى).

(٢) في هامش (خ): (قوله: إثباتها، أي: اليد، لتصح الدعوى، وبعد ثبوت وضع اليد يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة، فلا تعتبر. وأما اليد في المنقول، فلكونه مشاهدا لا يحتاج إلى إثباته، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك... إلى آخر «العمدة»).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٤١٥).

(و)إلا (فيما إذا شهِد على إقرارها بأنَّها أمَةٌ لرُجل يدَّعيها: فلا تُقبل، إلا إذا كان الزوجُ أعطاها المهرَ، والمُدَّعي يقول: أذِنتُ لها في النكاح)، فتُقبل، (كما في شهادات «الخانية»[1])؛ لانتفاء التُّهمة، «فإنَّ إذنَ السيِّد في النكاح سببُ نُفوذه[2]، وبه يتقرَّر صحَّةُ مُطالَبة السيِّدِ الزوجَ بالمهر؛ إذ هو حقُّه، ولا يَمنع من المطالبة دفعُه إليها؛ لأنه الجاني على نفسه بالدفع إليها، وفيه من الضرَر [عليه] ما لا يخفى، فتنتفي التُّهمةُ بذلك.

وربَّما يقال: التُّهمةُ مُنتفيةٌ عند انتفاء القيد؛ لأن المُدَّعي إذا لم يقُلْ: أذِنتُ لها في النكاح، يجب مهرُ المثل بالدُّخول، ويفسُد النكاحُ، وللسيِّد حقُّ المطالبة بمهر المثل، وفيه غايةُ الضرَر على الزوج، فقضيَّتُه قبولُ الشهادة لانتفاء التُّهمة بهذا الوجه، ومفهومُ القيد عدمُ قبولها، والمفهوم معتبَرٌ في كلامهم، انتهى»، «حموي»[3].

وفيه: أن العبارة مُقدَّمةٌ على المفهوم، كما في الأصول.

[فائدة: تُقبل شهادةُ الذِّمِّي على مثله، إلا في مسائلَ]

(تُقبل شهادةُ الذِّمِّيِّ على مثلِه، إلا في مسائلَ):

(فيما إذا شهِد نصرانيَّان على نصرانِيٍّ أنه قد أسلَم): فلا تُقبل، (حيًّا) كان المشهودُ عليه (أو ميِّتًا)، وإذا لم تُقبل شهادتُهما عليه: فهو على نصرانيَّته، (فلا يُصلَّى عليه) إذا مات، (بخلاف ما إذا كانت نصرانيَّةً)، وشهِدا عليها بالإسلام: فإنها تُقبل، ويُصلَّى عليها، (كما في «الخلاصة»).

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل فيمن لا تقبل شهادته لفسقه (٢/ ٤٦٨).

(٢) في النسخ: (تقرره)، والمثبت من «غمز العيون».

(٣) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٤١٦).

وعبارتُها: «لو شهد نصرانيَّان على نصراني أنه أسلَم، وهو يجحَد: لم تجُزْ شهادتُهما، وكذا لو شهد رجلٌ وامرأتان من المسلمين، فيُترك على دِينه، وجميعُ أهلِ الكفر في ذلك سواء. ولو شهد نصرانيان على نصرانيَّة أنها أسلَمت: جاز، وأجبرتُها على الإسلام، ولا تُقتل، وهذا قول الإمام. وفي «النوادر»: تُقبل شهادةُ النصرانيَّيْن على إسلام النصراني، وكذا شهادةُ المسلمين عليه في قول أبي يوسف، ومحمدٌ مع أبي حنيفة»[(١)]، انتهى.

(إلا إذا كان) المشهودُ عليه (ميِّتًا، وكان له وليٌّ مُسلمٌ يدَّعيه)، أي: إسلامه، (فإنها تُقبل شهادتُهما للإرث، ويُصلَّى عليه بقولِ وليِّه، كما في «الخانية»[(٢)])؛ لأن هذه شهادة قامت على الورثة الكُفَّار، وشهادةُ الكُفَّار على مثلهم مقبولةٌ، فيَرِثُون منه ثم يُصلَّى عليه بقول الوليِّ؛ لأنه مسلمٌ شهد بإسلامه، ولو ادعى الوارثُ ذلك، ولم تشهد الكُفَّارُ: يُصلَّى عليه، ولا ميراثَ، كما في «الكافي».

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب ألفاظ الكفر، أواخر الفصل الأول (٤/ ٣٨١). والذي فيها من قوله: (وفي «النوادر»): «وفي «نوادر ابن رستم»: يقبل شهادة رجل وامرأتين في إسلام رجل نصراني، ويجبر على الإسلام، ولا يقبل في قول أبي يوسف رحمه الله، وكذا شهادة نصرانية على نصراني أنه أسلم. وقال محمد رحمه الله: لا يقبل شهادتهما، ولا يجبر على الإسلام، كما قال أبو حنيفة رحمه الله».

(٢) قال فيها في كتاب الشهادات، فصل: ومن الشهادة الباطلة (٢/ ٤٧٤): «ذميٌّ مات، فشهد عشرة من النصارى أنه أسلم: لا يصلى عليه بشهادتهم، وكذا لو شهد فساق من المسلمين، ولوكان لهذا الميت ولي مسلم، وبقية أوليائه كفار من أهل دينه، فادعى الولي المسلم أنه أسلم، وأنه أوصى إليه، وأراد أن يأخذ ميراثه، وشهد اثنان من أهل الكفر بذلك: يأخذ الولي المسلم ميراثه بشهادتهما؛ لأن شهادتهما على إسلامه في حكم الميراث قامت على أوليائه الكفار، وشهادة بعضهم على البعض حجة، ويصلى عليه بشهادة الولي المسلم إن كان عدلا. ولو لم يشهد على إسلامه غير الولي: يصلى عليه بقول وليه المسلم، ولا يكون له الميراث».

وعُلِّل بأنه يزعُم أنه مُرتَدٌّ، ولا شهادةَ لِذِمِّيٍّ على مُرتَدٍّ، «محيط».

وفيه: أنه يقتضي عدمَ القبول في الذِّمِّيَّة، فلا فرقَ بينهما حينئذ. وأيضًا: يَرِد عليه عدمُ قبولها وهو ميِّتٌ، وأيضًا: لا يلزم من القبول القتلُ، بل تُقبل[1] للجَبْر على الإسلام، وقد صرَّح في «البزازية» أنه تُقبل ولا يُقتَل، ولأنه فرق في الحكم، ولم يُنصَّ في «الخانية» على المرأة، ووضَع المسألة في الذِّمِّي، وعلَّل بما ذكر في «المحيط»، ومثلُه في «الولوالجية»[2]، وفي «مشتمل الأحكام» نقل خلافًا في مسألتَي الذِّمِّي والذميَّة، وفي شهادة المسلم والمسلمتَين، وشهادة الذِّمِّيَّين، اللهم إلا أن يقال: من قال بعدم القبول ـ وهو الإمام ـ يقول: يلزم من القبول القتلُ؛ لأن **البينة حجَّةٌ مُتعدِّية**، ولهذا ردَّ شهادة المسلم والمسلمتَين، وقال: لو أنا قبِلنا هذه الشهادة: لزم القتلُ، ولم يقُلْ أحدٌ بأنه تُقبل شهادةُ النساء في القتل، فيَتَّجِه الفرقُ، لكن ينتقِضُ بالجَبْر.

فتحصَّل أنه في قول الإمامَين لا تُقبل في ذلك شهادةُ الذِّمِّيَّين، ولا شهادة المسلم والمسلمتَين؛ لأنه لو قُبلت: لزم قتلُه، بخلاف الشهادة عليها؛ لعدم القتل. وأما من علَّل بكونه مرتدًّا بزعمِهما، ينبغي أن يتعدَّى الحكمُ إليها، كما أن مَن علَّله بوجوب القتل ينبغي أن يقصُره على الحياة، تأمَّل، «حموي»[3].

وقال بعضُهم: لعلَّ الفرق بين قبول الشهادة على الرجل دون المرأة: أنا لو حكَمنا بإسلام الرجل بشهادة الذِّمِّيَّين لرُبَّما حصَل له رِدَّةٌ، فيُقتل، مع أن الإسلام حينئذ إنما هو بشهادة أهلِ الذمة، بخلاف ما إذا شهدا بإسلام المرأة، فإنها ـ وإن ارتدَّت ـ لا تُقتَل، وفيه كلامُ الحموي.

---

(١) في (ع): (يقتل).

(٢) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الشهادات، آخر الفصل الأول فيما تجوز الشهادة (٤/ ١٠٧).

(٣) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤١٧ ـ ٤١٨)، وليس فيه ما ذكره من تفصيل.

«قال الخيرُ الرمليُّ: والذي اتضح لي في تحرير هذه المسألة بعد النظر في كلامهم: أن العلة فيها أنه في زعمهما مرتدٌّ، ولا شهادة لأهل الذمَّة على المرتدِّ، وهو يقتضي أن الحكم في المرتدَّة كذلك، ويظهر من كلامهم أن في المسألة ثلاثةَ أقوال: القبول فيهما، وهو رواية «النوادر»، وعدمُه فيهما، وهو الظاهر من كلام «المحيط» و«الخانية» و«الولوالجية»، وقبوله فيها دونه. والذي ظهَر لي في الفرق على هذه الرواية: الاحتياطُ في الفرج؛ للُزوم حُرمة فرج المرتدَّة على كل ناكِح، لا ما ذكره في «الوافي» من لزوم قتله دونَها؛ لعدم الملازمة بينهما، كما في شهادة المسلم والمسلمتَين عليه بذلك، تأمل»[1].

(و)الثانية: (**فيما إذا شهِدا**)، أي: النصرانيَّان، (**على نصرانيٍّ ميِّتٍ بدَين، وهو مديونُ مسلمٍ**): فإنها لا تُقبل؛ لأنه يتضرَّر بهذه الشهادة المسلمُ لكون المسألة مفروضةً فيما إذا لم يَترُك ما يَفِي بالدَّينين: دين المسلم، والدَّينِ الذي يدَّعيه الآخرُ الذي أقام شاهدَين ذِمِّيَّين، هذا هو المراد. ومقتضى التقييد بكونه مديونَ مسلم: أنه إذا لم يكن كذلك: تُقبل.

(و)الثالثة: (**فيما إذا شهِدا**)، أي: النصرانيان، (**عليه**)، أي: على نصراني آخرَ، (**بعينٍ اشتراها من مسلم**): فإنها لا تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على المسلم، كما لو اشترى ذميٌّ دارًا من مسلم فاستُحِقَّت، وأقام المُستحِقُّ شاهدَين ذِمِّيَّين: لا تُقبل عندهما، وعند الثاني: تُقبل في حقِّ الذِّمِّي دون المسلم، فيُقضَى بالاستحقاق دون رجوعِه بالثمن؛ لأن القضاء بالاستحقاق لا يكون قضاءً بالرجوع بالثمن على البائع، كذا في «تنوير الأذهان»[2].

---

(١) «غمز العيون» (٢/ ٤١٨).

(٢) قال في «تنوير الأذهان» (ل/ ١٥٤/ أ): «صورته: ذمي اشترى من مسلم دارا، ثم ادعاها مسلم أو =

(و)الرابعة: (فيما إذا شهد أربعةُ نصارى على نصرانِيٍّ أنه زنَى بمُسلِمةٍ): فإنها لا تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على مُسلمة، (إلا إذا قالوا: استكرَهَها، فيُحَدُّ الرجلُ وَحْدَه، كما في «الخانية»).

قال فيها: «لو شهد على نصرانِيٍّ أربعةٌ من النصارى أنه زنى بأمَةٍ مُسلمة، فإن شهدوا أنه استكرهَها: حُدَّ الرجلُ، وإن قالوا: طاوَعَتْه، يُدرَأُ عنهما، ويُعزَّر الشهودُ [لحقِّ الأمَة المُسلمة]؛ لأنه في الوجه الأوَّل لم يشهَدوا عليها بالحدِّ، فبقِيت شهادتُهم على شهادةَ الذِّمِّي، وفي الثاني شهدوا على المُسلمة بالحدِّ، فبطَلت شهادتُهم في حقِّها، إذن تبطُل في حقِّ الرجل[١]، وتُعزَّر الشهودُ لأنهم قذفةٌ[٢]، ولعدم[٣] إحصان المقذوف لم يجب الحدُّ على الشُّهود، فبقي التعزيرُ»[٤]، انتهى.

(و)الخامسة: (فيما إذا ادَّعى مسلمٌ عبدًا في يدِ كافرٍ، فشهد كافران أنه عبدُه،

= ذمي، وأقام شاهدين ذميين: قال أبو يوسف: تقبل في حق الذمي دون المسلم؛ لأنهما يصلحان شاهدين على الذمي، فيقضى بالاستحقاق دون رجوعه بالثمن؛ لأن القضاء بالاستحقاق للمدعي لا يكون قضاء للمدعى عليه، وهو المشتري، بالرجوع بالثمن على البائع؛ ألا يرى أنا نشترط أن يقول القاضي: حكمت بالاستحقاق لهذا المدعي وفسخت العقد الذي جرى بين المدعى عليه ومن تابعه، وحكمت له بالرجوع عليه، ولو كان الحكم بالاستحقاق حكما بالرجوع لما احتاج القاضي إلى التصريح بذلك، وهذا لأن البينة قامت على كافر ومسلم، فتقبل في حق الكافر دون المسلم».

(١) في هامش (خ): (قوله: وإذن تبطل... إلخ. قال أبو السعود: وفي الوجه الثاني: شهدوا على المسلمة بالحد، فبطلت شهادتهم في حقهما، وإذا بطلت في جانب المرأة: بطلت في جانب الرجل، وإنما تعزر الشهود لأنهم قذفوا الأمة، وبعدم إحصان المقذوف لم يجب الحد على الشهود، فيجب التعزير، انتهى، «خانية». ومنه يعلم ما في نقل المصنف من الإيجاز البالغ حد الإلغاز، انتهى كلام أبي السعود).

(٢) أي: لأنهم قذفوا المرأة، كما في «الخانية».

(٣) في النسخ: (وبعدم)، والمثبت من «الخانية».

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل: ومن الشهادة الباطلة (٢/ ٤٧٥).

قضى به فلانٌ القاضي المُسلِمُ له، كما في «البدائع»[١]: فإنها لا تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على القاضي المسلم.

[فائدة: لا تُقبل شهادةُ الإنسان لنفسه، إلا في مسألة]

(لا تُقبل شهادةُ الإنسان لنفسه، إلا في مسألةٍ)، وهي: (القاتل إذا شهِد بعَفْو وليِّ المقتول. وصورتُه في شهادات «الخانية»: «ثلاثةٌ قتَلوا رجلا عَمْدًا، ثم شهِدوا بعد التوبة أن الوليَّ عفا عنَّا: قال الحسنُ: لا تُقبل شهادتُهم، إلا أن يقول اثنان منهم: عفَا عنَّا وعن هذا الواحدِ، ففي هذا الوجه قال أبو يوسف: تُقبل في حقِّ الواحد، وقال الحسن: تُقبل في حقِّ الكلِّ»[٢]، انتهى).

«قال الخير الرملي: لا يصحُّ استثناءُ هذه المسألة من هذا الضابط؛ لأنه ليس فيها قبولُ شهادةِ الإنسان على نفسه، ولا على قول الحسَن، بل إنما قُبلت [على قوله في الوجه المذكور] لأنها شهادةُ الاثنين، كلٍّ واحدٍ منهما على عَفْو الوليِّ عن الثالث. وأما شهادةُ كلٍّ لنفسه، فلا قائلَ بها، والوجه في ذلك: أن شهادة الآخَر لا تُهمةَ فيها؛ لعدم الاشتراك لوجوب القتل على كل واحد منهما كَمَلًا[٣]، فلم تجُرَّ منفعةً، كشهادةِ غريمَين لغريمَين»[٤]، انتهى.

---

(١) عبارة «بدائع الصنائع»، كتاب النكاح، فصل في نكاح المسلم المسلمة (٢/ ٢٥٤): «ادعى عبدا في يد ذمي، فجحد الذمي دعوى المسلم، وزعم أن العبد عبده، فأقام المسلم بشاهدين ذميين على أن العبد عبده، وقضى له به على هذا الذمي قاض: فلا تقبل شهادتُهما، وإن كان هذا شهادة الكافر على الكافر، لكن لما كان فيها إثبات فعل المسلم بشهادة الكافر وهو قضاء القاضي لم تقبل كذا هذا.».

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل فيمن لا تقبل شهادته للتهمة (٢/ ٤٧٠).

(٣) أي: كاملا، كما في «القاموس المحيط»، باب اللام، فصل الكاف (ص ١٠٥٤).

(٤) «غمز العيون» (٢/ ٤١٩).

ونقل البيري عن «تلخيص الكبرى» أن «الحسن يقول: تجوز[١] الشهادة في الوجهين، والفتوى على قول أبي يوسف»[٢].

وفي شرح «تنوير الأذهان»: «ونظيرُه ما لو قال: إن دخل داري أحدٌ فعبدي حُرٌّ، فشهد ثلاثةٌ أنهم دخلوها: قال أبو يوسف: إن قالوا: دخلناها جميعًا، لا تقبل، وإن قالوا: دخلناها ودخل هذا معنا، تقبل، وسأل الحسنُ ابنَ أبي يوسف عنها، فقال: إن شهد أربعةٌ أو ثلاثةٌ بأنا دخَلناها جميعًا، تقبل، وإن شهد اثنان لا تقبل، فقال له الحسن: أصبتَ وخالَفتَ أباك»[٣]، انتهى.

[فائدة: للشهود الشهادةُ بحكم الحال وبإضافة الأحكام إلى السبب الظاهر]

(وكتَبنا[٤] في قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»: أن مَن أتلف لحمَ إنسانٍ، وادَّعى أنه ميتةٌ: فللشُّهود أن يشهَدوا أنه مُذكًّى بحُكم الحال[٥]، كما في «البزازية»[٦]).

---

(١) في (ع): (لا تجوز).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٨٦).

(٣) «تنوير الأذهان» (ل/ ١٥٤/ ب).

(٤) قال الحموي (٢/ ٤١٩ ـ ٤٢٠): «من قوله: «وكتبنا»، إلى: «كتاب الوكالة»، لا يوجد في بعض النسخ، وهو في نسخة أخي المؤلف مذكورٌ هنا، وفي البعض ساقط من هنا، مذكورٌ في آخر الإقرار، مع أنه لا مناسبة له به، فلعل الخلل من الناقلين من خط المصنف من المسودة، فتنبَّه لذلك، هداك الله أسنى المسالك».

(٥) في هامش (خ): (قوله: بحكم الحال، وهو أنه في يد المسلم؛ فإنه يدل على أنه ملكه، والميتة لا تملك، تأمل. كذا بخطي على هامش نسختي «الأشباه»).

(٦) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإقرار، الفصل الثاني في الاختلاف (٥/ ٤٥٣ ـ ٤٥٤).

[فرع: أقرَّ شخصٌ ليس عليه آثارُ مرَض، أو به مرضٌ: شهِدوا بالظاهر]

(وعلى هذا)، أي: حكم الحال، (فرَّعتُ: لو رأَوا شخصًا ليس عليه آثارُ المرض أقرَّ بشيءٍ: لهم)، أي: لمَن رآه كذلك، (أن يشهَدوا أنه أقرَّ وهو صحيح، وكذا عكسُه، وهو ما لو رأَوه في فراش، أو به مرضٌ ظاهرٌ: فلهم أن يشهَدوا أنه كان مريضًا؛ عملًا بالحال)، أي: بالظاهر، (لكن لو قال لهم: أنا صحيحٌ، هل لهم أن يشهَدوا بصحَّته أو يحكُوا قولَه؟) فنقول في جواب هذا الاستفهام: (إن ظهَر لهم ما)، أي: أمارات، (يدُلُّ على صحَّته: شهِدوا بها)، أي: بالصحَّة، ولا عبرةَ بقوله: عملا بالظاهر، (وإلا حكَوا قولَه).

«ومُقتضى ما في «المُلتقَطات» أنه لا يجوز أن يشهَدوا بشيءٍ إلا بعد التفحُّص، فيَشهدان بما يَعلَمانِه، وإلا شهِدا بما رأَياه، ويُخبِران القاضي بما قال. قال: «جاء مع أعوان السُّلطان، فأقرَّ بشيءٍ عند رجُلين، ثم قال بعد ذلك للشاهدَين: إنما أقرَرتُ خوفًا من الأعوان، فإن الشاهدَين يتفحَّصان عن ذلك، إن علِما أن الإقرارَ كان كُرْهًا: لا يحِلُّ لهما أن يشهَدا به».

وفي «تلخيص الكبرى»: «إن الشاهدَين يَبحثان عن هذا الأمر، فإن وقَفا على أمرٍ فيه إكراهٌ: امتنعَا، وإلا يشهدان على إقراره، ويُخبِران القاضي أنه أقرَّ ومعه أعوانُ السلطان، حتى يتأمَّل القاضي في وجه الأمر»، انتهى»[١].

(وينبغي أن يسألَهم القاضي: هل ظهَر عليه ما يدُلُّ على مرَضه؟ فإن أخبَروا به: لم يعمَلْ بإخباره أنه صحيح، وإلا عمِل به، وهي حادثةُ الفتوى).

(وفي جنايات «البزَّازية»: شهِدوا على رجل أنه جرَحه، ولم يزَلْ صاحبَ فراشٍ

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٨٧).

حتى مات: يُحكَم به)، أي: بالموت بالجراحة، (وإن)، وصلية، (لم يشهدوا أنه من مات من جراحتِه؛ لأنه لا علمَ لهم به)، أي: بالموت بالجراحة.

(وكذا لا يُشتَرط في الحائطِ المائل) لو سقَط على إنسان (أن يقُولوا)، أي: الشهود، (مات من سُقوطه)؛ لأنه لا علمَ لهم بذلك، و(لأن إضافة الأحكام إلى السبب الظاهر ـ كما في هاتَين المسألتين ـ لازمٌ، لا إلى السبب المُتوهَّم؛ ألا ترى أنه لا تجب القسامةُ في ميِّتٍ بمحلَّة، على رقَبته)، أي: الميِّت، (حيَّةٌ مُلتوِيةٌ)؛ إذ الظاهرُ أنه مات منها، لا بفعلِ آخَر، (انتهى) ما في جنايات «البزازية»[1].

[فائدة: تُقبل شهادةُ المُعتَق لمُعتِقه، وعليه، إلا في مسألة فيهما]

(تُقبل شهادةُ المُعتَق لمُعتِقه)، بالكسر، (إلا في مسألة ما إذا شهِدا بالثمن عند اختلافهما، كما في «الخلاصة»).

«قال فيها: ولو شهد العبدان بعد العتق على أن الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشتري: لا تُقبل[2]؛ لأنهما يجُرَّان لأنفسهما نفعًا بإثبات العتق؛ لأنهما لولا شهادتُهما يتحالفان ويفسخان البيعَ المُقتضي لإبطال العتق، انتهى.

ومقتضى هذا عدمُ قبولِ شهادتِهما للتُّهمة، فشرطُ صحَّة شهادةِ العتيق أن لا يكون مُتَّهمًا، وصرَّح به في «البحر»[3]، وحينئذ فلا وجهَ للاستثناء»، «حموي»[4].

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الجنايات، الفصل الثالث في الأطراف، نوع في مسائل اللحية (٦/ ٣٩٦).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثاني في الشهادات، جنس آخر في ألفاظ الشهادة (٤/ ٦٧).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٩٦).

(٤) انظر: «غمز عيون البصائر» (٢/ ٤٢١).

(وتُقبل) شهادةُ العتيق (عليه)، أي: على مُعتِقه، (إلا في مسألةٍ ذكرناها في «الشرح»)، وهي: «رجلٌ مات عن عمٍّ وبنتَين[1] وعبدَين، فأعتق العمُّ العبدَين، فشهِدا أن الثانية أختُ الميِّت قبل الشهادة للأُولى بالبنتيَّة، أو بعدها، أو معها: لا تُقبل بالإجماع؛ لئلا تصير عصَبةً مع البنت، فتُخرِج العمَّ عن الوراثة، فيبطُل العتق.

وفي «الكافي»: رجلٌ مات عن عمٍّ، وابنتَين[2]، وعبدَين، فأعتق العمُّ العبدَين، فشهدا ببِنْتِيَّة أحدِهما بعينها، أي: أن الميِّت أقرَّ بها في حياته وصحَّته: لم تُقبل عند أبي حنيفة؛ لأن في قبولها ابتداءً بطلانَها انتهاءً؛ لأن مُعتَق البعض في حكم المُكاتَب عنده، ولا شهادةَ له، وعندهما: تُقبل؛ لأنه حُرٌّ مديونٌ. ولو شهدا أن الثانية أختُ الميِّت قبل الأُولى، أو معها، أو بعدها: لا تُقبل إجماعا»[3]، معللا بما قدمناه.

ومنه يُعلَم ما في قول «البيري»: «وأطلَق المُؤلِّفُ عدمَ القبول، وهو قول الإمام، خلافًا لهما، كما في «المحيط» عن «الجامع»»[4]، انتهى.

[مطلب: في أخذ القيِّم أو القاضي عُشْرَ ما يتولَّى من الأوقاف]

(قال في «بسيط الأنوار»[5] للشافعية من كتاب القضاء ما لفظُه: وذكر جماعةٌ من أصحاب الشافعي وأبي حنيفة: إذا لم يكن للقاضي شيءٌ من بيت المال: فله أخذُ عُشْر ما يتولَّى من أموال اليتامى والأوقاف، ثم بالَغ في الإنكار، انتهى).

قال المُصنِّف: (ولم أرَ هذا) المنقول (لأصحابنا، لكن في «الخانية»: ذكر

---

(١) كذا في النسخ. وفي «البحر»: (أمتين).

(٢) في «البحر»: (أمتين).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٧٨).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٨٨).

(٥) في (خ): (بسط الأنوار).

العُشْرَ للمُتولِّي في مسألة الطاحونة)، وهي: «رجل وقَف ضيعةً على مواليه، فمات الواقفُ وجعل القاضي الوقفَ في يد القيِّم، وجعل للقيِّم عُشْر الغلَّات، وفي الوقف طاحونةٌ في يد رجل بالمُقاطَعة، لا حاجةَ فيها إلى القيِّم، وأصحابُ هذه الطاحونة يَقبِضون غلَّتَها: لا يجب للقيِّم عشرُ غلَّةِ هذه الطاحونة؛ لأن المُتولِّي ما يأخذ إلا بطريق الأجر، فلا يستوجب الأجرَ بدون العمل»(١).

قال البيري: «المراد بالعُشر أجرُ مثلِ عملِه، حتى لو زاد على أجر مثلِه: يُرَدُّ الزائدَ، كما هو مُقرَّر، ويدُلُّ عليه ما في «تلخيص الكبرى»: قال: قاض نصَب قيِّمًا على غلَّاتِ مسجدٍ، وجعل له شيئًا معلومًا يأخُذه كلَّ سنَة: حلَّ له العشرُ لو كان أجرَ مثلِه. وفي «خزانة الأكمل»: «وليس للقيِّم من الغلَّة إلا أجرُ عمله بمنزلة الأجير، فأجرُه على قدر العمل»(٢)، انتهى.

وقال الخير الرملي: «المُبالَغة في الإنكار واضحةُ الاعتبار؛ لأنه لو ترك عشرين ألفًا مثلا، ولم يلحَقْه من المشقَّة فيها شيءٌ، فبماذا يستحِلُّ عُشرَها، خصوصًا بالنسبة لمال اليتيم الواردِ القواطعُ في حُرمته، فما هو إلا بُهتان على الشرع»، انتهى.

فما قاله الحموي من أنه: «لا وجه للمبالغة في الإنكار؛ لجواز أن يكون مُقيَّدًا بما إذا كان له عملٌ، وأقلُّه حفظُ المال»(٣)، انتهى، لا يدفع ما قاله الرملي.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٣٠١).

(٢) «خزانة الأكمل»، كتاب الوقف، من الفتاوى للفقيه، قرابة (٤/ ٤٨٦). وانظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٨٨ - ١٨٩).

(٣) «غمز العيون» (٢/ ٢٢٢).

[فائدة: لا تحليف مع البيِّنة، إلا في مسائل]

(لا تحليفَ مع البُرهان)، لو قال: مع البيِّنة، لكان أولى؛ إذ لا تحليفَ مع الإقرار، وهو برهانٌ، وما أُجيب أن المُطلَق يُحمَل على الكامل[1]: لا يُفيد.

(إلا في ثلاثٍ) مسائلَ (ذكَرناها في «الشرح»[2])، وما في «الحموية» من أنه «لم يذكُر فيه دعوى الآبق»[3] غيرُ مُسلَّم، بل ذكرها صدرَ كتابِ الدعوى تحت قوله: «وإلا حُلِّف بطلَبه».

الأُولى: (دعوى دَينٍ على الميِّت)، فإن كلَّ موضع يدَّعي فيه حقًّا في التركة، وأثبَته بالبيِّنة: فإنه يُحلَّف أنه ما استوفى حقَّه من الميِّت، ولا من أحدٍ أدَّاه إليك عنه، ولا قبَضه لك قابضٌ بأمرك، ولا أبرَأتَه منه ولا شيئًا منه، ولا أحَلْتَ بشيء من ذلك أحدًا، ولا عندك به ولا بشيء منه رهنٌ، ولو بلا طلب الوصيِّ والوارث[4]، «بزازية»[5].

(الثانية: في استحقاق المبيع بالبيِّنة)، «للمُستحَقِّ عليه[6] تحليفُه: بالله ما باعَه، وما وهَبه، ولا تصدَّق به، ولا خرجت العينُ عن ملكه بوجهٍ من الوجوه»، كما في «جامع الفصولين»[7].

---

(١) أي: وهو البينة، كما في هامش (خ).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٣ ـ ٢٠٤).

(٣) «غمز العيون» (٢/ ٤٢٢).

(٤) أي: يُحلَّف، ولو بلا طلب.

(٥) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الثالث في كيفية الاستحلاف (٥/ ١٩٩).

(٦) في هامش (خ): (قوله: للمستحق عليه، وهو المشتري، انتهى).

(٧) «جامع الفصولين»، الفصل الخامس عشر في التحليف وما يتعلق به (١/ ١٤٨).

(و)الثالثة: (في دعوى الآبق)، يعني: «حُبِس[١] الآبقُ، فجاء رجلٌ وادَّعاه، وأقام بيِّنةً أنه عبدُه: يستحلِفه بالله[٢] أنه باقٍ [إلى الآن] على ملكه، لم يخرُج ببيع ولا هبة، فإذا حلَف: دفَعه إليه[٣]، وإنما يُستحلف مع عدم خصم يدَّعي صيانةً لقضائه عن الخطأ، ونظرًا لمن هو عاجزٌ عن النظر لنفسه من مُشترٍ أو موهوبٍ له»، كذا في «الفتح»[٤].

قال الحموي: «ويزاد على الثلاث:

ما إذا أقامت البيِّنةُ للغريم المجهول[٥] بأنه مُعدِمٌ: فلا بدَّ من يمينه أنه ليس له مالٌ ظاهرٌ ولا باطنٌ، وإن وجَد مالا: يُؤدِّي حقَّه عاجلا؛ لأن البيِّنة شهِدت على الظاهر، ولعلَّه غيَّب مالَه.

ويُزاد أيضًا: المرأة تدَّعي على وكيل زوجها الغائبِ النفقةَ، وتُقيم البيِّنةَ على الزوجيَّة والغَيبةِ واتصالِها، وأنهم ما علموا[٦] أنه ترَك لها نفقةً، ولا أحالَها على أحد، وعلى جميع المُسقِط والمُبطِل.

---

(١) أي: حبسه الإمام.

(٢) في (خ): (بائعه).

(٣) وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زواله بسبب لا يعلمونه، كذا في «الفتح».

(٤) «فتح القدير»، بداية كتاب الإباق (٦/ ١٣٤).

(٥) في هامش (خ): (قوله: المجهول، أي: المجهول حاله من كونه موسرا أو معسرا، انتهى).

(٦) في هامش (خ): (قوله: وما علموا... إلخ. لم يظهر لي وجه صحته، فتأمله وحرره، ثم رأيت في «أبي السعود» ما نصه: قولهم: وأنهم ما عملوا... إلخ، يوهم أن اليمين على البينة، وليس له وجه، بل اليمين عليها، كما يفهم من قوله: وضابط هذا الباب أن كل بينة شهدت بظاهر، فإنه يستظهر بيمين الطالب... إلخ، فليحرر، انتهى. وهو عين ما فهمته في المطالعة، والحمد لربي تعالى، كذا من خطي على هامش «الحموي»).

وضابطُ هذا الباب: أن كلَّ بيِّنةٍ شهِدت بظاهرٍ فإنه يُستظهَر بيمين الطالبِ على باطنِ الأمر.

ويُزاد أيضًا: ما لو خُوصِم[1] الأبُ بحقٍّ على الصبيِّ، فأقرَّ: لا يخرُج عن الخصومة، ولكن تُقام البيِّنةُ عليه مع إقراره، بخلاف الوصيِّ وأمين القاضي.

وأيضًا: لو أقرَّ وارثٌ[2] على مُورِّثه بدَين: فإنه تُسمع البيِّنةُ عليه، ويلزم الدَّينُ بقيَّةَ الورثة، وكذا المديون إذا أقرَّ بوكالةِ إنسان بقبضِ الدَّين: يسمع القاضي البيِّنةَ مع إقراره كيلا يُنكِر الطالبُ الوكالة.

وأيضًا: لو قال الشُّهود: إن له عليه دراهمَ لا تُعرف عددُها: فهي ثلاثةٌ، ثم يُحلف مع شهادتهم؛ لأن الشهود قد بيَّنوا بشهادتِهم شيئًا معلومًا، وهي الدراهم، ويُحلَّف لجواز أن تكون أكثرَ من ذلك»[3].

[فائدة: لا تحليفَ بلا طلب المُدَّعي، إلا في مسائل]

(**لا تحليفَ بلا طلب المُدَّعي، إلا في**) مسائلَ (**أربعٍ مبنيَّةٍ على قول أبي يوسف، مذكورةٍ في «الخلاصة»**). قال بعد أن ذكَر أن مشايخَنا أخذوا بقول أبي يوسف في القضاء: «وأبو يوسف يستحلِف بدون طلب الخصم في أربعةِ مواضعَ: يُحلِّف المشتري في الردِّ بالعيب: بالله ما رضِيتَ [بالعيب]؛ والشفيعَ: بالله ما أبطلتَ شُفعتكَ؛ والمرأةَ إذا طلَبت النفقة: بالله ما طلَّقَكِ زوجُك، ولا ترَك عندكِ مالا، ولا أعطاكِ

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ويزاد أيضا: ما لو خوصم... إلخ، لا محل لها، انتهى).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وأيضا: لو أقر وارث... إلخ، لا محل لها؛ لأن الكلام في اجتماع البينة مع اليمين، وكذا يقال فيهما بعدها، كما هو ظاهر).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٤٢٢ ـ ٤٢٣).

النفقة؛ وفي الاستحقاق يُحلِّف المُستحِقَّ: بالله ما بعتُ، ولا وهبتُ. وعندهما: لا يُحلَّف بدون طلب الخصم. وهذا بناءً على اختلافهم في تلقين الشاهد.

ويُحلَّف مَن ادَّعى على ميِّتٍ دينًا إجماعًا[(١)].

وكذا لو ادَّعى عبدًا في يد رجل، فقال: هو ملكي اشتريتُه من فلان مُذ سبعةِ أيام، وقال ذو اليد: هو ملكي اشتريتُه من ذلك الرجل مُذ عشرةِ أيام، وقال المُدَّعي: البيعُ الذي جرَى بينكما تَلْجِئةٌ، له أن يُحلِّفه وإن لم يطلُبْ تحليفَه»[(٢)].

«وكذا لو اشترى أمةً، ثم ادَّعى أن لها زوجًا معروفًا أو مجهولا: له ردُّها مع يمينه: بالله ما يعلم أن الزوج مات عنها أو طلَّقها بائنًا، وقيل: إنه يُحلِّفه إذا ادَّعاه البائعُ، وبدون الدعوى لا، و**الأصحُّ** أنه يُحلِّفه مطلقًا صيانةً لقضائه، «تاتارخانية»[(٣)].

وكذا إذا مات الرجلُ، فادَّعى أحدُ عبدَيه أنه أعتَقه في مرض موته، فأنكر ابنُه، ولا بيِّنةَ للعبد: **الصحيح** أنه يُحلِّفه، ولو من غير التماس العبد؛ لأن العتق حقُّ الشرع، فجاز أن يكون القاضي خصمًا بنفسه، كما في «شرح الحصيري».

---

(١) من غير طلب الوصي والوارث: بالله ما استوفيت دينك من المديون الميت، ولا من أحد أداه إليك عنه، ولا قبض لك قابض بأمرك، ولا أبرأته منه ولا شيئا منه، ولا أحلت بذلك ولا شيء منه على أحد، ولا عندك به ولا شيء منه رهن. كذا في «خلاصة الفتاوى».

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل السابع في اليمين، الجنس الثاني فيما يجري فيه الاستخلاف (٤/ ٣٧ ـ ٣٨).

(٣) الذي في «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الخامس والعشرون في اليمين (١١/ ٢٩٣): «وفي «الخزانة»: خسمة نفر جائز للقاضي تحليفهم من غير أن يسأل المدعي:...، ورجل اشترى جارية، أثبتت عند القاضي أن لها زوجا: يحلفه القاضي بالله ما علمت أن لها زوجا مات أو طلق، من غير أن يسأله البائع، ثم يقضي بالرد».

وكـذا تُحلَّـف البِكـرُ إذا بلغَـت واختـارَتْ الفرقـة، وطلبتهـا مـن القاضـي، فيَسـتحلِفُها(١)، «تاتارخانيـة»(٢).

وكذا لو أقام البيِّنة بدَين على الميِّت، وله ورَثة صغارٌ: [ليس للحاكم تحليف المدعي: ما صار إليه هذا المالُ ولا بعضُه بوجهٍ من الوجوه، في قول أبي حنيفة، حتى يدَّعي بذلك مُدَّعٍ](٣)، وعندهما: يُحلَّف بذلك وإن لم يدَّعِ، وهو اختيارُ الخصَّاف، انتهى»(٤).

[فائدة: تُقبل الشهادةُ حِسبةً بلا دعوى في مواضعَ]

(تُقبل الشهادةُ حِسبةً بلا دعوى في ثمانية مواضعَ، مذكورةٍ في «منظومة ابن وهبان»(٥))؛ لأن القاضي فيها نائبٌ عن الله تعالى، فتكون شهادةً على خصم، فتُقبل، كما في «شرح المجمع».

وفي «الحاوي»: لا تُشترَط الدعوى في حقوق الله تعالى، والشهادةُ فيها على وجه الحِسْبة ليس بفسقٍ إذا عرَتْ عن التُّهمة، انتهى»(٦).

(في الوقف)، فإنه حقٌّ لله، وهو التصدُّق بالغلَّة.

وفي «الخانية»: «إن كان الوقفُ على قوم بأعيانِهم، وادَّعوا عليه استحقاقًا،

---

(١) أي: بالله لقد اخترت الفرقة حين بلغت، وإن لم يدع الزوج ذلك.

(٢) انظر: «الفتاوى التاتارخانية» (١١/ ٢٩٣).

(٣) ما بين المعقوفتين من «عمدة ذوي البصائر». وفي النسخ: (فعند أبي حنيفة: يُحلَّف أنه ما وصل إليه هذا المال ولا بعضه بوجه من الوجوه إذا طلبه المدعي).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٠ ـ ١٩١).

(٥) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٤ ـ ٢٤٦).

(٦) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩١).

فإن كان أخَّره لجهةٍ لا تنقطع: لا تُقبل البيِّنةُ عليه بدون الدعوى عند الكلِّ، وإن كان على الفقراء، أو على مسجد كذا: تُقبل بدون الدعوى على قولهما، وعلى قول أبي حنيفة: لا تُقبل»[١]، قال ابن الشحنة: «ولا بد من هذا التفصيل، قال الفضلي: وهو **المختار**، وفي «فتاوى النسفي»: **إن كل وقف هو حق الله تقبل فيه بلا دعوى، وكل وقف هو حق العبد لا تصح بدون الدعوى**»[٢].

(و)في (طلاق الزوجة)، سواء كانت حُرَّةً أو أَمَةً، أنكَر الزوجان أو لا، ويصير الشاهدُ خصمًا، ولا يُشترط حضورُ المرأة على المشهور، وقيل: يشترط؛ ليُشار إليها، ولا بد من حضور الزوج، وكذا مولى الأمة[٣].

---

(١) الذي في «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في دعوى الوقف والشهادة عليه (٣/ ٣٣٩): «رجل باع أرضًا، ثم ادعى أنه كان وقفها قبل البيع، فإذا أراد تحليف المدعى عليه: ليس له ذلك عند الكل؛ لأن التحليف بعد صحة الدعوى، ودعواه لم تصح؛ لمكان التناقض. وإن أقام البينة على ما ادعى: اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا تقبل بينته لأنه متناقض، وقال بعضهم: تقبل بينته لأن التناقض لا يمنع الدعوى، وعلى قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالى: الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف؛ لأن الوقف حق الله تعالى، وهو التصدق بالغلة، فلا تشترط فيه الدعوى، كالشهادة على الطلاق وعتق الأمة، إلا أنه إن كان هناك موقوف عليه مخصوص، ولم يدع: لا يعطى له من الغلة شيء، ويصرف جميع الغلة إلى الفقراء؛ لأن الشهادة قبلت لحق الفقراء، فلا تظهر إلا في حق الفقراء. قال رضي الله عنه: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم: لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل، وإن كان الوقف على الفقراء، أو على المسجد: على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى: تقبل البينة بدون الدعوى، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا تقبل». وهكذا نقله في «شرح الوهبانية».

(٢) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٥).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٢).

(و)في (تعليق طلاقِها)، قيل: يحتمل أن المراد: الشهادة بتعليق الطلاق، أو به مع وجود المُعلَّق عليه.

(و)في (حُرِّيَّة الأمة)، وهذه خلافيَّة، ففي «المحيط» أنه يُشترط الدعوى في ذلك عند الإمام، وهو **الصحيح**، وفي «العمادية» أن الخلاف في الشهادة القائمة على العتق من جهة المولى، أما إذا شهدا أنه حرُّ الأصل، فتُقبل البيِّنةُ من غير دعوى من غير خلاف؛ لأنها شهادة على حرمة الفرج. وأما في عتق العبد، فلا تُقبل بلا دعوى اتفاقا[١].

وهل يُحلَّف حسبةً في الطلاق والعتاق؟ أشار محمدٌ إلى أنه يُحلَّف، وذكر السرخسيُّ أنه لا يُحلَّف[٢].

(و)في (تدبيرها)، أي: الأمة.

(و)في (الخُلع)، فإنها تُقبل بدون دعوى المرأة، ويثبُت المالُ تبعًا، كما قاله ابن الشحنة[٣].

(و)في (هلال رمضانَ) وغيرِه مما الحقُّ فيه حقٌّ لله تعالى خالصًا، وقيل: لا تقبل الشهادةُ بدون الدعوى في هلال الفطر، وفي الأُضحى قيل: كرمضان، وقيل: كالفِطر. وهل يشترط الحكمُ بثبوت رمضان؟ قال محمد: لا نصَّ لهذا في الكتاب، وينبغي أن لا يُشترط، بل يكفي الأمرُ بالصوم[٤].

---

(١) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٥).

(٢) فتأمله عند الفتوى. كذا في «شرح المنظومة الوهبانية» (١/ ٢٤٦).

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٦).

(٤) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية» (١/ ٢٤٦).

(و)في (النسب)؛ لأنه يتضمَّن حُرُماتٍ كلُّها حقٌّ لله تعالى، كحُرمة الفرج والأُمُومة والأُبُوَّة، فتُقبل، كما في الأمَة، وقيل: لا تُقبل بلا خصم، وبه صرَّح في «البحر»، حيث قال: «شرطُ سَماع البيِّنة على النسب الخصومةُ [فيه]»[(١)].

قال ابن وهبان: «والظاهر أن الجواز مُخرَّجٌ على قولهما، وعدمُه على قياس قول أبي حنيفة»[(٢)].

وقال الخير الرملي: «وحاصلُ ما ينفعُنا هنا أنها لا تُقبل، ولا تصحُّ إلا بعد دعوى مالٍ، إلا في الأب والابن»، انتهى.

وفي «البيري»: «أطلَق في النسب، مع أن المنقول تصويرُه في صغير مع أُمِّه، كما في «التاتارخانية» و«الظهيرية»، قال: رجلٌ تزوَّج امرأةً، وجاءت بولدٍ، فاختلفا، فقال الزوج: تزوَّجتُكِ منذ شهر، وقالت المرأةُ: لا، بل منذُ سنَة، فالولد ثابتٌ من الزوج، وإن تصادَقا على أنه تزوَّجها منذ شهر: لم يثبُت النسبُ منه، وإن أقامت البيِّنَةَ[(٣)] بعد التصادُق: تُقبل، وكذا إذا أقام [الولدُ] البيِّنَةَ بعد ما كبِر، ثم قال: وهذا، أي: قبول الشهادة على النسب، مُختلَفٌ فيه[(٤)]»[(٥)]، انتهى.

---

(١) «البحر الرائق»، باب الوكالة بالخصومة والقبض (٧/ ١٧٨).

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٥).

(٣) أي: على تزوجه إياها منذ سنة.

(٤) قال البيري (٢/ ١٦٧): «أما إذا كان قيام البينة حال صغر الولد، فقد اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: لا تقبل البينة ما لم يصب القاضي خصما عن الصغير؛ لأن النسب حق الصغير، فينصب عنه خصما لتكون البينة قائمة ممن هو خصم. وقال بعضهم: لا حاجة إلى هذا التكليف، والقاضي يسمع البينة من غير أن ينصب عنه خصما؛ بناء على أن الشهادة على النسب تقبل حسبة بدون الدعوى».

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٦٧).

(وزِدتُّ خمسةَ) مسائلَ مأخوذةً (من كلامهم أيضًا):

(حدُّ الزِّنا، وحدُّ الشُّرب)؛ لأنهما حقُّ الله، بخلاف حدِّ القذف، (والإيلاءُ، والظِّهار)، «ولا بد من حضور المشهودِ عليه»، كما في «ابن الشحنة»[1]، (وقيل: لا) تُقبل بدون الدعوى فيهما، (وحُرمة المُصاهَرة)، فإنها تُقبل بدون الدعوى، كما في الطلاق.

(والمرادُ) بقبول البيِّنة بدون الدعوى (في الوقف): الشهادةُ (في أصلِه)، وهو كلُّ ما يتعلَّق به صحَّةُ الوقف. (وأما) الشهادة (برِيْعِه)، أي: بمَصْرَف الرِّيع، (فلا) تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على الشرط.

(وعلى هذا)، أي: كون شهادة الحِسْبة مُجرَّدَ شهادةٍ، وليست دعوًى من الشاهد: (لا تُسمع الدعوى من غير مَن له الحقُّ)، فإذا كان كذلك: (فلا جوابَ لها)، أي: لا يُجيب القاضي المُدَّعيَ، (فالدعوى حِسْبةً لا تجوز، والشهادةُ حِسْبةً بلا دعوى جائزةٌ في هذه المواضع، فليُحفَظْ).

لكن في «العتَّابيَّة» أن شاهدَي الطلاق يَصيران خصمًا، وتقدم عن «شرح المجمع» أن القاضي نائبٌ عن الله، فيكون خصمًا، فهي شهادةٌ ودعوى.

والحاصل: أن الشافعيَّة يقولون: إن الخصم في هذه المسائل موجودٌ، وهو الشاهدُ، فليس دعوى حِسْبةٍ، فلم تنفرِدْ الشهادةُ عن الدعوى، والمصنِّفُ استخرَج من كلامهم أن الشهادة لا تتوقَّف على الدعوى، فانفرَدت، فليُتأمَّل.

(ثم) زِدتُّ على ما تقدَّم (سادسةً) مأخوذةً (من «القنية»، فصارَتْ المواضعُ أربعةَ عشر موضعًا، وهي)، أي: المزيدة من «القنية»، (الشهادة على دعوى مولاه

(١) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤٧).

نَسَبَه)، أي: في غير مجلس القاضي، والشهادة في مجلسه، فلا يُنافي أن الكلام في شهادة الحِسْبة، وهي التي تكون بلا دعوى[١].

(ولم أرَ صريحًا جَرْح الشاهد حِسْبةً من غير سُؤال القاضي)، هل يُقبل أو لا؟[٢]

[فائدة: شاهدُ الحسبة إذا أخَّر شهادتَه بلا عذر يفسُق]

(واعلَمْ أن شاهدَ الحِسْبة إذا أخَّر شهادتَه بلا عُذْر: يفسُق، ولا تُقبل شهادتُه) للتُّهمة، (نصُّوا عليه في الحدود، وطلاق الزوجة، وعتقِ الأمَة، وظاهر ما في «القنية» أنه) لا تُقبل شهادتُه إذا أخَّر الشهادةَ بلا عُذْر (في الكلِّ)، أي: كل المسائل المتقدمة، (وهي)، أي: هذه المسألة، (في «الظهيرية» و«اليتيمة»، وقد ألَّفتُ فيها رسالةً)، ذكر فيها أن سببَها إفتاءُ بعض الحنفيَّة بخلاف ذلك، وذكر فيها ما ذكرناه.

[فائدة: للحنفية مُدَّعٍ حسبةً في الوقف]

إذا علمتَ ذلك: (فلنا) ـ معاشرَ الحنفيَّة ـ (شاهدُ حسبةٍ، وليس لنا مُدَّعٍ حِسبةً، إلا في دعوى الموقوف عليه أصلَ الوقف، فإنها تُسمع عند البعض)، وإليه أشار في «الخصَّاف»، وصرَّح به في «القنية»[٣]، (والفتوى على أنها لا تُسمع إلا مِن المُتولِّي، كما في «البزازية» من) كتاب (الوقف[٤])؛ لأن الموقوف عليه حقُّه في الغلَّة، لا في الرَّقَبة.

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤٢٥).

(٢) بياض قدر سطر في النسخ.

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٢).

(٤) عبارة «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل السابع في الدعوى والشهادة (٦/ ٢٨١): «ادعى أن هذه الأرض وقف عليه: لا يسمع، وإنما يسمع من المتولي، وقيل: يصح، والفتوى على الأول، وأشار الخصاف في مسائل إلى أن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة»، ثم ذكر تلك المسائل.

وفي «خزانة المُفتين»: إن ادَّعى الموقوفُ عليه أن هذا وقفٌ عليه، إن ادَّعى بإذن القاضي: صحَّتْ، وإلا فلا.

وفي كلام الحانوتي ما يفيد ترجيحَ أن الوقف إذا كان على معيَّن تصحُّ الدعوى منه، ولا يتوقَّف على إذن القاضي[(١)].

(فإذا كان الموقوفُ عليه لا تُسمع دعواه: فالأجنبي لا تُسمع) دعواه (بالأَولى، وظاهرُ كلامهم أنها تُسمع من غير الموقوفِ عليه اتفاقًا). قال البيري: «وظاهر كلامهم [أن] الخلاف [فيه أيضًا]؛ لأن النِّزاع في كون المحلِّ قابلا لدعوى الحسبة أم لا؟ فمن قال بالأوَّل جوَّز ذلك من الموقوف عليه وغيره»[(٢)]، انتهى.

[هل يُقبل تجريحُ الشاهد حسبةً؟]

(وهل يُقبل تجريحُ الشاهدِ حِسبةً)، أي: أن يَجرَح المشهودُ عليه الشاهدَ حسبةً لله تعالى؟ (الظاهر) من كلامهم (نعم؛ لكونه)، أي: التجريح حسبة، (حقًّا لله تعالى)، ويُؤيِّده ما في «الولوالجية» و«المنية» أنه يُحلَّف على طلاق المرأة وعتق الأمة حسبة من غير دعوى[(٣)]، لكن ذكر شمس الأئمة أنه لا يحلف في موضع ما إلا بعد الدعوى، انتهى. فعلى هذا، الجرح بلا دعوى لا يُقبل بالأَولى[(٤)]، فليُتأمَّل[(٥)].

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤٢٦).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٣).

(٣) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى (٤/ ٥٤).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٤).

(٥) في هامش (خ): (قوله: فليتأمل. تأملنا، فوجدناه يعكر على ما استظهره المصنف من أن تجريح الشاهد حسبة يقبل، انتهى).

[فائدة: لا يُحال بين المولى وعبده قبل ثُبوت عتقِه، إلا في مواضعَ]

(لا يُحال بين المولى وعبده قبل ثُبوت عتقِه)، أي: إذا ادَّعى عتقَه، وليس له بيِّنةٌ حاضرةٌ، وسأل القاضي أن يضَعَه عند عدلٍ: لا يُجِيبُه قبل ثبوت عتقِه؛ لأن اليد حقٌّ كالملك، فإذا لم يجُزْ إزالةُ ملكِه بمُجرَّد الدعوى: فكذا لا تجوز إزالةُ يده.

(إلا في ثلاثةٍ مذكورةٍ في «مُنية المفتي»):

«الأُولى: عبدٌ في يد رجل، ادَّعى شخصٌ أنه عبدُه، وأقام على ذلك شاهدَين لم يعرِفْهما القاضي ولم يُزكَّيَا، فطلب المُدَّعي الكفيلَ، فأبَى المُدَّعى عليه إعطاءَه أو لم يجِدْ، وعجَز المُدَّعي عن مُلازَمته: يضَعُه القاضي على يدِ عدلٍ.

الثاني: أن يكون المُدَّعى عليه فاسقًا معروفًا بالفجور مع الغِلمان: يُخرجه القاضي من يده ويضَعُه على يد عدلٍ.

الثالثة: إذا خِيفَ تغييبُ العبد»، انتهى.

ويُزاد: خوفُ إباقِه، كما في «المُنية».

«ولو أثبتَتْ طلاقَها أو عتاقَها بشهادةِ واحدٍ: يُحال بينها وبين الزوج أو المولى، ويأخُذ كفيلا ثلاثةَ أيام[1]، فإن أحضَرت البيِّنةَ: فبها، وإلا أخرَج القاضي الكفيلَ من الكفالة. وإذا طلَّق واحدةً من نسائه بعينِها ثم نسِي، ثم بيَّن إلا واحدة: لا يحِلُّ له وطؤُها، ولا يُخلِّي القاضي بينه وبينها حتى يُخبِر أنها غيرُ المُطلَّقة ثلاثًا، فإذا أخبَره: حلَّفه: بالله ما طلَّقتَ هذه ثلاثًا، انتهى»، «حموي»[2].

وفي هذا التحليف ما مرَّ آنفًا.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ويأخذ كفيلا، أي: يأخذ من الزوج).

(٢) «غمز العيون» (٢/ ٤٢٦).

[فائدة: لا يُحال بين المنقول والمُدَّعى عليه به، إلا في موضعَين]

(ولا يُحال بين المنقول والمُدَّعى عليه به)، أي: بالمنقول، (إلا في موضعَين) مأخوذين (منها)، أي: من «منية المفتي» (أيضًا)، كما أُخذ ما تقدَّم منها.

«ونصُّ عبارتِها: ادَّعى منقولا، وطلب وَضْعَه على يدِ عدل، ولم يكتفِ بإعطاء الكفيل بنفس المُدَّعى عليه والمُدَّعى به، فإن كان المُدَّعى عليه عدلًا: لم يُجِبْه[1] القاضي، وإلا يُجِيبُه[2]، وفي العقار لا يُجيبه[3] إلا في الشجر الذي عليه ثمَرٌ؛ لأن الثمر نقليٌّ، انتهى.

وفيها: إذا كان المُدَّعى به دابَّةً أو ثوبًا، وأبَى المُدَّعى عليه إعطاءَ الكفيل أو لم يجِدْ، وعجَز المُدَّعي عن مُلازَمته: يضَعُه على يدِ عدل، أو كان يخافُ عليه التغييبَ أو الإباقَ، انتهى»[4].

[فائدة: الدعوى صحيحةٌ بدون بيان السبب، إلا في مواضعَ]

(لا يلزَم المُدَّعي بيانُ السبب[5]، وتصحُّ) الدعوى، عطف تفسير، (بدونه)، أي: بدون بيانه، كما لو ادَّعى على رجل ألفَ درهم، فقال المُدَّعى عليه للقاضي: سَلْ المُدَّعي من أيِّ وجهٍ له هذا المالُ، فقال: لا أُخبِرك بسبَبِه، لا ينبغي للقاضي أن يُجبِره على بيان السبب؛ لأن الواجب على المُدَّعي تصحيحُ

---

(١) في «غمز العيون»: (لم يحبسه).

(٢) في «غمز العيون»: (يحبسه).

(٣) في «غمز العيون»: (لا يحبسه).

(٤) «غمز العيون» (٢/ ٤٢٧).

(٥) في هامش (خ): (انظر ما تقدم من قول المصنف: الرأي إلى القاضي في مسائل... إلخ).

الدعـوى، ودعـوى مُطلق المال صحيحـةٌ، كدعوى المال مع السـبب»، «بيري»[١].

(إلا في) موضعَين:

الأُولى: (في دعوى المِثْليّات).

والثانية: (في دعوى المرأة الدَّينَ على تركة زوجِها)، (و)هذه المسألة (الثانية) مذكورة (في «جامع الفصولين»)، قال فيه: «ادَّعت المرأةُ مالا على وَرثة زوجِها: لا تصحُّ ما لم تُبيِّنْ السببَ؛ لجواز أن يكون دينَ النفقة، وهي تسقُط بالموت»[٢].

(و)المسألة (الأُولى) مذكورةٌ (في «الشرح» من الدعاوى). حاصلُها: «ادَّعى مَكيلا، لا بد فيه من ذِكر سبب الوجوب؛ لاختلاف الأحكام باختلاف الأسباب، حتى أن مَن أسلَم يحتاج إلى بيان مكانِ الإيفاء؛ تحرُّزًا عن النزاع، ولم يجُزْ الاستبدالُ به قبل قبضه»[٣]، «كما في «الخزانة»: وإذا ادعى عليه عشرةَ أقفزةِ حنطةٍ دَينًا عليه، ولم يذكُر بأيِّ سببٍ: لا تُسمع، ولا بد من بيان السبب؛ لأنها إذا كانت بسبب السَّلَم فإنما يكون له حقُّ المطالبة في الموضع الذي عيَّناه، وإن كان بسبب القرض، أو بسبب كونِها ثمنَ المبيع: فيكون مكانُ القرض والبيع مكانَ الإيفاء، وإن كان بسبب الغصب والاستهلاك: فيكون له حقُّ المطالبة بتسليم الحنطة في مكان الغصب والاستهلاك»[٤]، انتهى.

قال البيري: «ولم يذكُر المُؤلِّف حكمَ الشهادة بلا بيانِ السبب، ونقَل في «الخزانة» و«الولوالجية» أن القاضي لا يسألُهم عن السبب إذا كانوا عُدولا، إلا إذا

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٤).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل السادس في بيان أنواع الدعاوى وشرائط صحتها (١/ ٦١).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ١٩٥).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠١).

وقعَتْ الرِّيبةُ، فحينئذ الرأيُ للقاضي. نعم؛ يسأل القاضي الشاهدَ: هل تعرف المُدَّعى به، وأنه اليوم في يده، في العقار، وفي المنقول لا حاجةَ إلى هذا، «خلاصة»»[(١)].

[فائدة: لا تُقبل الشهادةُ بحُرِّيَّة العبد حسبةً، إلا في مسألتَين]

(الشهادةُ بحُرِّيَّة العبد بدون دعواه لا تُقبل عند الإمام) أبي حنيفة رحمه الله تعالى، (إلا في مسألتَين):

الأُولى: (إذا شهد بحُرِّيَّتِه الأصليَّة، وأُمُّه حيَّةٌ: تُقبل، لا بعد موتها؛ لأنها شهادةٌ على تحريم الفرج، وهو حقُّ الله، فتُقبل حِسبة).

الثانية: (إذا شهدوا بأنه أوصى له بإعتاقه: تُقبل، وإن لم يدَّعِ العبدُ، وهما في آخِر «العمادية»)؛ لأنها شهادةٌ على إثباتِ حقِّ المُوصي، فيصير كأن المُوصي يدَّعي ويقول: نفِّذُوا وصيَّتي، فيجب على الوَرثة تحريرُه، وإن أبَوا تحريرَه: حرَّره القاضي، كما في «جامع الفصولين»[(٢)].

(و)المسألة (الأُولى)، وهي مسألةُ الشهادة بالحُريَّة الأصليَّة، (مُفرَّعةٌ على القول الضعيف، فإن الصحيح عنده)، أي: الإمام، (اشتراطُ دعواه)، أي: العبد، (في الحُرية (العارضة والأصليَّة، كما قدَّمناه).

[فائدة: لا تُسمع دعوى الإعتاق من غير العبد، إلا في مسألة]

(ولا تُسمع دعوى الإعتاق من غير العبد، إلا في مسألة من باب التحالُف من «المحيط»)، وهي: (باع عبدًا، ثم ادَّعى على المشتري الشراءَ والإعتاقَ[(٣)]، وكان

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٥ ـ ١٩٦).

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الأربعون في خلل المحاضر والسجلات (٢/ ٢٣٥).

(٣) في (خ): (أو الإعتاق).

العبدُ في يد البائع: تُسمع الدعوى فيهما) في الشراء والإعتاق إن أنكَر العبدُ، ويرجع بالثمن على البائع، (وإن كان) العبد في (يد المشتري: تُسمع في الشراء فقط)، لا الإعتاق. وهذه المسألة مُستثناةٌ من قاعدة: «مَن سعَى في نَقْض ما تمَّ من جهته فسعيُه مردودٌ عليه».

«وفي «شرح المَجمَع الملكي»: قد تتحقَّق الدعوى حكمًا، بأن قطَع العبدُ يدَ حُرٍّ، فقال الحُرُّ: أعتقَك مولاك قبل الجناية، ولي عليك القصاصُ، وأنكَر العبدُ والمولى ذلك: تُقبل بيِّنتُه ويُقضى بعتقِه؛ لأن دعوى المَجنِيِّ عليه العتقَ قائمٌ مقامَ دعوى العبدِ حكمًا، انتهى.

وفي «خزانة الأكمل»: الشهادة على عتق الأمة، وهي تُنكر: جائزة، وفي العبد المُنكِر لا تجوز عند أبي حنيفة، إلا في حالِ جنايةٍ أو قذف [أو معنى يلزَمه من الخصومة]، وعندهما: جائزةٌ فيهما على السواء»[1].

[فائدة: لا يشترط في صحة دعوى الحرية ذكر أمه]

(ولا يشترط في صحَّة دعوى الحُرِّية الأصليَّة ذكرُ اسم أُمِّه[2]، ولا اسمُ أبِ أُمِّه؛ لجواز أن يكون حُرَّ الأصل، وأُمُّه رقيقةٌ)، كما «لو استولَد جاريةَ نفسِه، وعكسُه كما لو كانت أُمُّه حُرَّةً أصليَّةً وأبوه عبدٌ: فإنه حرُّ الأصل تبَعًا لأُمِّه، فيحتاج[3] إلى ذكر اسم الأُمِّ وأبِ الأُمِّ»، «حموي»[4].

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ١٩٧).

(٢) في النسخ هنا زيادة قوله: (ولا اسم أبيه)، وليست الزيادة هذه في «جامع الفصولين»، ولا في نسخ «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون» و«عمدة ذوي البصائر».

(٣) كذا في النسخ و«غمز العيون». وفي هامش (خ): (قوله: فيحتاج، صوابه: **فلا** يحتاج).

(٤) عبارته (٢/ ٤٢٩): «لو استولد جارية نفسه: فالولد حر الأصل، والأم رقيقة، وكما يجوز أن يكون =

(صرَّح به في آخر «العمادية» و«جامع الفصولين»[(١)]).

(وكذا) لا يُشترط ذكرُ اسمِ الأُمِّ ولا اسمُ أبِ أبيه (في الشهادة بحُرِّية الأصل، كما في دعوى «القنية»).

[فائدة: القضاء الصحيح لا يبطُل بإبطال أحد، إلا في موضعَين]

(القضاء بعد صُدوره صحيحًا لا يبطُل بإبطال أحدٍ، إلا إذا أقرَّ المَقضِيُّ له بُطلانه، فإنه يبطُل، إلا في المَقضِيِّ بحُرِّيَّته)، فإنه إذا أقرَّ ببُطلان القضاء: لا يبطُل؛ لأن الحُرِّية لا تَقبل النقض.

(وفيما إذا ظهَر الشهودُ عَبيدًا، أو محدُودِين في قذفٍ بالبيِّنة: فإنه يبطُل القضاءُ، لكن) بطلانُه (لكونه غيرَ صحيح).

[فائدة: يُحلَّف المُنكِر، إلا في مسائلَ]

(يُحلَّف المُنكِر، إلا في إحدى وثلاثين مسألةً ذكرناها في «الشرح»).

قال فيه: «ثم اعلَمْ أن المُصنِّف اقتصَر على عدم الاستحلاف عنده على الأشياء السبعة، وفي «الخانية» أنه لا يُستحلَف في إحدى وثلاثين مسألةً، بعضُها مُختلَفٌ فيه، وبعضها مُتَّفقٌ عليه، فنذكُرها سَرْدًا اختصارًا:

السبعة؛

وفي تزويج البنت صغيرةً أو كبيرة، وعندهما: يُستحلَف الأبُ في الصغيرة؛

وفي تزويج المولى أمتَه خلافًا لهما؛

= حر الأصل وأمه رقيقة: يجوز أن يكون حر الأصل وأبوه رقيقا، كما كانت أمه حرة أصلية وأبوه عبدا، فإنه حر الأصل تبعا لأمه، وحينئذ فيحتاج إلى ذكر اسم الأم وأب الأم».

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل التاسع والثلاثون في المتفرقات في العتق (٢/ ٢٣٤).

وفي دعوى الدائنِ الإيصاءَ[(١)] فأنكره: لا يُحلَّف[(٢)]؛

وفي دعوى الدَّين على الوصيِّ؛

وفي الدعوى على الوكيل في المسألتَين كالوصيِّ؛

وفيما إذا كان في يد رجل شيءٌ، فادَّعاه رجلان، كلٌّ الشراءَ منه، فأقرَّ به لأحدهما وأنكَر للآخر: لا يُحلِّفه، وكذا لو أنكَرهما، فحُلِّف لأحدهما، فنكَل له وقُضِي عليه: لم يُحلَّف للآخر؛

وفيما إذا ادَّعيَا الهبةَ مع التسليم من ذي اليد، فأقرَّ لأحدهما: لا يُحلَّف للآخر، وكذا لو نكَل لأحدهما: لا يُحلَّف للآخر؛

وفيما إذا ادعى كلٌّ منهما أنه رهَنه وقبَضه، فأقرَّ لأحدهما، أو حُلِّف لأحدهما، فنكَل: لا يُحلَّف للآخر؛

وفيما إذا ادَّعى أحدُهما الرهنَ مع التسليم، والآخَرُ الشِّراءَ، فأقرَّ بالرَّهن وأنكر البيعَ: لا يُحلَّف للمشتري؛

وفيما إذا ادَّعى أحدُ رجلَين الإجارةَ والآخرُ الشِّراءَ، فأقرَّ بها وأنكَره: لا يُحلَّف لمدَّعيه، ويُقال لمُدَّعيه[(٣)]: إن شِئتَ فانتظِرْ انقضاءَ المُدَّة وفكَّ الرهن، وإن شئتَ فافسَخْ؛

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وفي دعوى الدائن الإيصاء، أي: أن فلانا وصي عن الميت، «حاشية البحر»).

(٢) في النسخ هنا زيادة قوله: (وكذا لو أنكرهما فحلف لأحدهما فنكل له وقضى عليه لم يحلف للآخر)، ولا محل له هنا.

(٣) في هامش (خ): (قوله: ويقال لمدعيه، أي: مدعي الشراء. لا يخفى أنه لم تثبت دعواه الشراء بالكلية، وحينئذ فلا حق له، ولا ملك له، فلا يقال له ذلك. نعم؛ يقال ذلك مسألة أخرى، وهي ما إذا باع المالكُ المأجورَ أو المرهون، فيقال للمشتري: أنت بالخيار، إما ان تصبر حتى تنقضي مدة =

وفيما إذا ادَّعى أحدُهما الصدقةَ والقبضَ، والآخَرُ الشراءَ، فأقرَّ لأحدِهما: لا يُستحلَف للثاني؛

وفيما إذا ادَّعى كلٌّ منهما الإجارةَ، فأقرَّ لأحدهما أو نكَل: لا يُحلَّف للآخر، بخلاف ما لو ادَّعى كلٌّ منهما على ذي اليد الغصبَ منه، فأقرَّ لأحدهما، أو حُلِّف لأحدهما، فنكَل: يُحلَّف للثاني، كما لو ادَّعى كلٌّ منهما الإيداعَ، فأقرَّ لأحدهما: يُحلَّف للثاني، وكذا الإعارةُ، ويُحلَّف: ما له عليك كذا ولا قيمتُه، وهي كذا وكذا؛

وفيما إذا ادعى البائعُ رضا المُوكِّل[1] بالعيب: لم يُحلَّف وكيلُه؛

وفيما إذا أنكر توكيلَه له في النكاح؛

وفيما إذا اختلف الصانع والمُستصنِع في المأمور به: لا يمينَ على واحدٍ منهما، وكذا لو ادَّعى الصانع على رجل أنه استصنَعه في كذا، فأنكر: لا يُحلَّف.

الحادية والثلاثون: لو ادَّعى أنه وكيلٌ عن الغائب بقبضِ دينِه وبالخصومة، فأنكر: لا يُستحلف المديون على قوله، خلافًا لهما، هكذا ذكر بعضُهم، وقال الحلواني: يُستحلَف في قولهم جميعًا»[2]، انتهى.

وزاد على ذلك في «تنوير البصائر»: «البائع إذا أنكر قيامَ العيب للحال: لا يُحلَّف عند الإمام، ولو أقرَّ: لزمه، كما في خيار العيب. والشاهد إذا أنكر رجوعَه: لا يُستحلَف، ولو أقرَّ به: ضمِن ما تلَف بها. والسارق إذا أنكرها: لا يُستحلَف للقطع، ولو أقرَّ بها قُطع. وذكر الإسبيجابي: لا يُحلَّف الأبُ في مال الصبيِّ، ولا الوصيُّ في

= الإجارة وفك الرهن، أو تفسخ البيع، وليس له حق فسخ الإجارة والرهن، فافهم، انتهى).

(١) في هامش (خ): (قوله: رضى الموكل، أي: موكل الشراء، «حاشية البحر»).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٩).

مال اليتيم، ولا متولِّي المسجدِ، ولا ناظرُ الأوقاف، إلا إذا ادُّعِي عليهم العقدُ[١]، فيُستحلَفون حينئذ»، انتهى.

وزاد العلائيُّ في «شرح الملتقى» على ذلك ما:

«لو ادَّعى على رجل شيئًا، وأراد استحلافَه، فقال المُدَّعى عليه، هو لابني الصغير، فلا يُحلَّف، وفي «فتاوى الفضلي»: عليه اليمينُ[٢] في قولهم جميعًا، فإذا استُحلِف فنكَل، والمُدَّعى[٣] أرضٌ: يُقضَى بالأرض للمُدَّعي، ثم ينتظر بلوغ الصبي، إن صدَّق[٤] المدعي: كان كما قال، وإن كذَّبه: ضمن الوالدُ قيمةَ الأرض[٥]، وتُؤخذ الأرضُ من المُدَّعي وتُدفَع للصبيِّ، وهذا بمنزلة ما لو أقرَّ لغائب، ولم يظهر جُحودُه ولا تصديقُه[٦]: لا تسقُط عنه اليمين[٧]، فكذا هنا.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إلا إذا ادعي عليهم العقد. قال الرملي: يريد غير عقد النكاح؛ إذ قدم أنه لا تحليف في تزويج البنت صغيرة أو كبيرة، وعندهما: يستحلف الأب في الصغيرة، تأمله، كذا في «حاشية البحر»).

(٢) في هامش (خ): (قوله: في «فتاوى الفضلي»: عليه اليمين... إلخ. الذي يظهر خلافه، ولذا قدمه الشارح تبعا لغيره، وجزم به غير واحد في باب الإقرار، وسيأتي في فن الحيل: إذا ادعى عليه شيئا باطلا: فالحيلة لمنع اليمين أن يقر به لابنه أو لأجنبي، وفي الثاني خلاف، انتهى. ومقتضاه أنه لا خلاف في الأول، وهو مباين لقول الفضلي: عليه اليمين في قولهم جميعا).

(٣) أي: المدعى به. وفي هامش (خ): (قوله: والمدعى أرض، جملة حالية، والظاهر أنه غير قيد).

(٤) في (ع) و«الدر المنتقى»: (صدقه).

(٥) في هامش (خ): (قوله: ضمن الوالد قيمة الأرض، أي: للمدعي).

(٦) في هامش (خ): (قوله: لم يظهر جحوده ولا تصديقه، هذه الجملة صفة لغائب، أي: رجل ادعى على آخر أن ما في يده ملكي، فقال المدعى عليه: هو لفلان الغائب).

(٧) في هامش (خ): (قوله: لا تسقط عنه اليمين، أي: فيحلف للمدعي، فإن نكل قضى به عليه، وينتظر قدوم الغائب، فإن صدق المدعي فبها، وإلا دفع له وضمن قيمته للمدعي).

قلت: وعلى الأوَّل[١]، رجوعُ هذه إلى قوله[٢]: ولا يُستحلف الأبُ في مال الصبيِّ؛ لأنه لمَّا أقرَّ أنها للصبيِّ: ظهر أنها من ماله، وفيه تأمُّل[٣].

لو اشترى دارًا، فحضَر الشفيعُ، فأنكر المُشتري الشِّراءَ، وأقرَّ[٤] أن الدار لابنه الصغير، ولا بيِّنةَ: فلا يمين على المشتري؛ لأنه قد لزمه الإقرارُ لابنه، فلا يجوز الإقرارُ لغيره بعد ذلك، كما في «النوازل»[٥].

لو كان في يد رجلٍ غلامٌ أو جاريةٌ أو ثوبٌ، ادَّعاه رجلان، فقدَّماه إلى القاضي، [فحلَّفه أحدُهما، فنكَل عن اليمين، فقضى له القاضي]، ثم أراد الآخَرُ تحليفَه، فإن ادَّعى ملكًا مُرسَلا، أو شِراءً من جهته: لم يكُنْ له أن يُحلِّفه، فإن ادَّعى عليه الغصبَ: فله تحليفُه؛ لأنه لو أقرَّ بالغصب: لزمه الضمانُ، كذا في «النوازل».

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وعلى الأول، أي: القول بعدم التحليف).

(٢) في هامش (خ): (قوله: إلى قوله، أي: قول المصنف، أي: صاحب «الأشباه»، وهو ما مر آنفا عن الإسبيجابي).

(٣) في هامش (خ): (قوله: وفيه تأمل. لعل وجهه أن قول المصنف فيما تحقق أنه مال الصبي، وهنا لم يعرف أنه ماله إلا بإقرار الأب، ويمكن أقر تحايلا لدفع الدعوى عنه).

(٤) في النسخ: (أو أقر). والمثبت من «الدر المنتقى». وفي هامش (خ): (قوله: أو أقر أن الدار. الصواب: العطف بالواو، لا بـ«أو»؛ لأن مجرد إنكاره الشراء لا يدفع عنه التحليف، بل يحلف، فإن نكل: قضى بها عليه، كما ذكروه في كتاب الشفعة. وفي «جامع الفصولين»: ادعى شفعة بجوار، فقال خصمه: هذه الدار لابني هذا الطفل، صح إقراره لابنه؛ إذ الدار في يده، واليد دليل الملك، فكان مقرا على نفسه، فصح، وليس للشفيع تحليفه بالله ما أنا شفيعها؛ لأن إقرار الأب بالشفعة على ابنه لم يجز، فلا يفيد التحليف، وهذا من جملة الحيل في الخصومات. ولو برهن الشفيع على الشراء: كان الأب خصما؛ لقيامه مقام الابن، انتهى).

(٥) قوله: (كما في «النوازل»)، ليس في «الدر المنتقى».

لو اشترى الأبُ لابنه الصغير دارًا، ثم اختلف مع الشفيع في مقدار الثمن: فالقولُ للأب بلا يمين(١).

لو ادَّعى السارقُ أنه استهلك المسروقَ، وربُّ المسروق أنه قائمٌ عنده: فالقولُ للسارق، ولا يمين عليه، قال في «النوازل»: ولا فرقَ بين أن يَستهلِكَه قبل القطع أو بعده، انتهى.

إذا وهب لرجل شيئًا، وأراد الرجوعَ، فادَّعى الموهوبُ له هلاكَ الموهوب: فالقولُ قولُه، ولا يمين عليه، كما في «الخانية» وغيرها.

ادَّعى عليه: إنك وصيٌّ فلان الميِّت، فأنكر: لا يُحلَّف.

ادَّعى عليه: إنك وكيلُ فلان، فأنكَر: لا يُحلَّف.

قال الواهبُ: اشترطتُ العِوَض، وقال الموهوبُ له: لم تشترط، فالقولُ له بلا يمين.

اشترى العبدُ شيئًا، فقال البائع: أنت محجورٌ، فقال العبدُ: أنا مأذونٌ، فالقولُ له بلا يمين.

باع القاضي مالَ اليتيم، فردَّه المشتري عليه بعيب، فقال القاضي: أبرَأتني منه، فالقولُ قولُه بلا يمين، وكذا لو ادَّعى رجلٌ قِبَله إجارةَ أرضِ اليتيم، وأراد تحليفَه: لم يُحلَّف؛ لأن قولَه على وجه الحكم(٢)، وكذا في كلِّ شيءٍ يُدَّعى عليه.

لو طالب أبو الزوجة زوجَها بالمهر، فله ذلك لو صغيرةً أو كبيرةً بِكْرًا، ولو

---

(١) لأن الثمن مال الصبي، ولا يستحلف في مال الصبي، كذا في هامش (خ).

(٢) في هامش (خ): (قوله: على وجه الحكم. فيه: أن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى، وظاهره أن البينة لا تقبل عليه، انتهى).

اختلف الأبُ والزوج في بكارتِها، ولا بيِّنةَ للزوج، والتمَس من القاضي تحليفَه على العلم بذلك[1]: عن أبي يوسف: أنه يُحلَّف، وذكر الخصَّاف: لا يُحلَّف، كالوكيل بقبض الدَّين، إذا ادَّعى المديونُ أن صاحبَ الدَّين أبرَأه، وأنكر الوكيلُ: لا يُحلَّف، وكذا هنا، كذا في «الظهيرية».

اشترى أمةً، فادَّعى أن لها زوجًا[2]، فقال البائع: كان له زوجٌ عبدي فطلَّقها قبل البيع أو مات: فالقولُ له بلا يمين، كذا في «البرجندي». وهذا التحرير من خواصِّ كتابنا، كذا في «تنوير البصائر».

وزاد في «الزواهر» ستَّةً أُخرى:

لو طعَن المُدَّعى عليه في الشاهد، وقال[3]: هو ادَّعى هذه الدارَ لنفسه قبل شهادته، فأنكر، فأراد تحليفَه: لا يُحلَّف، كما في «مجمع الفتاوى».

إذا كانت التركةُ مُستغرِقةً بدُيون جماعةٍ بأعيانِهم، فجاء غريمٌ آخَرُ وادَّعى دينًا لنفسه على الميِّت: فالخصمُ هو الوارثُ، لكنه لا يُحلَّف؛ لأنه حينئذ لو أقرَّ له: لم يُقبل، فلم يُحلَّف، كما في «مجمع الفتاوى».

رجلٌ له على رجل ألفُ درهم، فأقرَّ بها[4] ثم أنكر إقرارَه، هل يُحلَّف بالله ما أقررتُ؟ قال الدبوسي: نعم، وقال الصَّفَّار: لا، وإنما يُحلَّف على نفس الحقِّ[5]، كما في «مجمع الفتاوى».

---

(١) في هامش (خ): (قوله: على العلم بذلك، أي: على أنه لا يعلم أنها ثيب، انتهى).

(٢) في هامش (خ): (قوله: فادعى أن لها زوجا، أي: ليردها على البائع بخيار العيب؛ لأن ذلك ينقص عليه منفعة، وهي استمتاعه بها).

(٣) في هامش (خ): (قوله: وقال، أي: المدعى عليه. هو، أي: الشاهد).

(٤) في هامش (خ): (قوله: فأقر بها، أي: ادعى أنه أقر بها).

(٥) في هامش (خ): (قوله: وإنما يحلف على نفس الحق، أي: لأنه قد يكون أقر كاذبا، ففي إلزامه =

رجلٌ قدَّم رجلا للقاضي وقال: إن فلان بن فلان الفلاني تُوُفِّيَ، ولم يَتْرُك وارثًا غيري، وله على هذا كذا وكذا من المال، فأنكر المُدَّعى عليه دعواه، فقال الابنُ: استحلِفْه ما يعلم أني ابنُه وأنه مات: لم يُحلَّف، بل يُبَرْهِنُ الابنُ عليهما[(١)]، ثم يُحلِّفه على ما يدَّعي لأبيه من المال، وقيل: يُستحلَف على العلم[(٢)]، قيل: الأوَّلُ قولُ الإمام، والثاني قولهما، وقال الحلواني: **الصحيح** القولُ الثاني[(٣)] أنه يُحلِّفه، كما في «الولوالجية».

لو ادَّعى عليه ألفَ درهم، فقال المُدَّعى عليه للقاضي: إنه قد كان ادعى عليَّ هذه الدعوى عند قاضي بلد كذا، ثم خرج من دعواه ذلك فأبرَأني من هذه الدعوى، فحلِّفْه أنه لم يُبْرِئْني منها، فإن حلَفَ حلَفتُ له ما له عليَّ شيءٌ: اختُلِف فيه، و**الصحيح** أنه يُستحلَف على هذه البَراءة، كما في «الولوالجية».

دفَع مالا لآخَرَ، ثم اختلفا فقال: قبَضتُه وديعةً، وقال الدافع: بل لنفسك[(٤)]، لا يُحلَّف المُدَّعى عليه[(٥)]، قال القاضي: القول لربِّ المال؛ لأنه أقرَّ بسبب الضمان، وهو قبضُ مالِ الغير، كما في «مجمع الفتاوى».

= بالحلف على الإقرار إضرار به، ثم لا يخفى أنه لا فائدة في ذكر هذه المسألة؛ لأنه يحلف اتفاقا، وإنما الخلاف فيمن يحلف عليه).

(١) في هامش (خ): (قوله: عليهما، أي: على أنه ابنه، وأن أباه مات).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وقيل: يستحلف على العلم، أي: على أنه ما يعلم أني ابنه، وأنه مات).

(٣) في هامش (خ): (قوله: الصحيح القول الثاني، وحيث كان الصحيح التحليف، فلا فائدة في استثناء هذه المسألة).

(٤) في هامش (خ): (قوله: بل لنفسك، أي: قرضا أو غصبا، فهو مضمون عليك بالهلاك).

(٥) في هامش (خ): (قوله: لا يحلف المدعى عليه، بل يكون القول للدافع، فقوله: قال القاضي، بيان لحكم المسألة).

لو أن رجلًا ادَّعى على رجل أنه خرَق ثوبَه، وأحضَر الثوب معه للقاضي، وأراد استحلافَه على السبب[(١)]: لا يُحلَّف على السبب.

فهذه تسعةٌ وخمسون مسألةً، فلتُحفَظ. وقد أفاد الإمام الحلواني أن الجهالة كما تمنع قبولَ البيِّنة تمنع الاستحلافَ أيضًا، إلا إذا اتَّهم القاضي وصيَّ اليتيم أو قيِّمَ الوقف، ولا يدَّعي عليه شيئًا معلومًا: فإنه يُحلَّف نظرًا للوقف واليتيم، والله أعلم»[(٢)].

[فرع: ادَّعيَا على ذي اليد استحقاقَ ما في يده]

(إذا ادَّعى رجلان كلٌّ منهما على ذي اليد استحقاقَ ما في يده، فأقرَّ لأحدهما وأنكَر للآخر: لم يُستحلَف للمُنكِر منهما، إلا في ثلاثة: دعوى الغصب، والإيداع، والإعارة، فإنه يُستحلَف للمُنكِر بعد إقراره لأحدهما، كما في «الخانية» مُفصَّلًا[(٣)])، وقد تقدَّم.

[فائدة: كلُّ موضع أقرَّ لزمه فإذا أنكر يُستحلَف، إلا في مسائل]

(وفي «الخلاصة»: في[(٤)] كلِّ موضع لو أقرَّ به يلزمه، فإذا أنكر: يُستحلَف، إلا في ثلاثٍ[(٥)]، ....

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وأراد استحلافه على السبب، أي: سبب الضمان، وهو الخرق، لا يحلفه على السبب، بأن يقول: والله ما خرقته؛ لأنه قد يخرقه بإذنه أو على ملكه، ثم باعه له مخروقا، ولا بينة له، بل يحلفه: لا ضمان له عليه بهذا الخرق).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الشركة (٢/ ٥٥٨ ـ ٥٦٠).

(٣) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب اليمين (٢/ ٤٣٠ ـ ٤٣١).

(٤) قوله: (في)، ليس في النسخ، ومستدرك من «خلاصة الفتاوى» و«الأشباه» المطبوعة.

(٥) في هامش (خ): (قوله: إلا في ثلاث. منها: الوكيل بالشراء، إذا وجد بالمشترى عيبا، فأراد أن يرده بالعيب، وأراد البائع أن يحلفه بالله ما يعلم أن الموكل رضي بالعيب: لا يحلف، فإن أقر الوكيل =

وذكَرها[1])، وهي ما تقدَّم، غيرُ مُسلَّم، (بل الصوابُ: إلا في أربع وثلاثين، وقد ذكرتُها في «الشرح»)، وقد مرَّت.

[فائدة: يجوز قضاءُ الأمير وكتابُه مع وجود قاضٍ ولَّاه]

(يجوز قضاءُ الأمير الذي يُولِّي القُضاةَ، ولو مع وجود قاضٍ ولَّاه)؛ لأنه إذا فوَّض له السلطانُ توليةَ القُضاة فقد أذِن له بالقضاء. وأما غيرُ المأذون له، فليس له أن يقضي.

(وكذلك) يجوز (كتابُه إلى القاضي، إلا أن يكون القاضي مُولًّى من جهة الخليفة، فقضى الأميرُ)، أو كتب إلى القاضي، (لا يجوز، كذا في «الملتقَط»[2])، وقد مرَّ.

[فتوى: توليةُ الباشا قاضيًا مع وجود القاضي المُولَّى من السُّلطان باطلةٌ]

(وقد أفتَيتُ بأن توليةَ باشا مصر قاضيًا ليحكُم في قضيَّةٍ بمصر، مع وجود قاضيها المُولَّى من السُّلطان: باطلةٌ؛ لأنه لم يُفوَّضْ له ذلك) القضاءُ، وفيه إشارةٌ إلى جواز ذلك مع التفويض.

= به: لزمه ذلك، ويبطل حق الرد. الثانية: لو ادعى على الآمر رضاه: لا يحلف، وإن أقر: لزمه، أي: اشترى شيئا بالوكالة، فظهر به عيب، فأراد الآمر، أي: الموكل، رده بالعيب، فادعى البائع على الآمر انك رضيت بالعيب: لا يحلف الآمر، وتمام الكلام على هذه في «شرح الوهبانية». والثالثة: الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين، وطلب يمين الوكيل على العلم: لا يحلف، ولو أقر به: لزمه، انتهى. قال في «نور العين»: فيه نظر؛ إذ المقر به هو الإبراء الذي يدعيه المديون، فكيف يتصور لزومه على الوكيل؟ اللهم إلا أن يقال: المراد من لزوم الإبراء لزوم حكمه، وهو الفراغ عن مطالبة الديون).

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل السابع في اليمين، الجنس الثاني فيما يجري فيه الاستخلاف (٤/ ٣٤ ـ ٣٥).

(٢) انظر: «الملتقط»، كتاب الدعوى، مطلب: موت السلطان أو عزله (ص ٣٩٨).

[فائدة: القاضي المولى لا يكون قاضيا قبل الوصول إلى ولايته]

(ذكَر الصدرُ الشهيد في «شرح أدب القضاء» أن) القاضي (المُولَّى) من السُّلطان أو غيره في بلدةٍ: (لا يكون قاضيًا قبل وُصوله إلى محلِّ ولايتِه، فمُقتضاه جوازُ قبول الهديَّة قبل الوصول إلى ولايته مطلقًا)، أي: سواء كان من المَحارم، أو ممَّن اعتاد إهداءَه، أو لا.

قيل: فيه نظر؛ لأن الإهداءَ له قبل الوصول في معنى كونِه لأجل قضائِه[1]، فتأمَّل.

(و)مقتضاه أيضًا (عدمُ جوازِ استنابته)، أي: (بإرسالِ نائبٍ له) ليحكُم (في محلِّ قضائه)؛ لأنه لم يكن قاضيًا قبل الوصول، (و)لكن (عملُ القضاة الآن على إرسال نائبٍ حين التولية في بلد السُّلطان) وقبل الوصول، فهو مُخالفٌ لهذا المُقتضَى، إلا أن يُقال: (الظاهر أنه)، أي: إرسالهم النائبَ حين التولية، (بإذنِ السُّلطان، وحينئذ) إذا كان إرسالُهم كذلك: (فلا كلامَ) في صحَّته وصحَّةِ أحكامه.

وقد يُقال: إن هذا إذا كانت التوليةُ مشروطةً بالوصول إلى البلد، أو لم تكن مشروطةً. وأما إذا كانت مشروطةً بشهر كذا، وأرسل نائبًا صادَف دخولُه دخولَ الشهر المُولَّى فيه، كما هو عملُ التوجيه الآن: فيصير قاضيًا وإن لم يدخُل، فتأمل.

[حادثة: ادَّعى الغرسَ في أرضٍ على إن ظهر مالكٌ دفَع الأُجرة]

(حادثةٌ: ادَّعى) رجلٌ بعد إحضاره رجلا آخرَ ناظرَ وقفٍ، وادَّعى عليه (أنه غرَس أَثْلًا)، نوعٌ من الطَّرْفاء[2]، تُغرَس للاحتطاب، (في أرضٍ محدودةٍ بكذا)،

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤٣١).

(٢) طَرْفاء، بفتح طاء، وسكون راء مهملتين، ففاء ممدودة: شجر من شجر البادية. «مجمع بحار الأنوار» (٣/ ٤٣٨).

أي: بالحُدود الأربعة أو الثلاثة، كما مرَّ؛ لأنه لا يُعرَف إلا بها، (من مُدَّة ثمانية عشر سنَة)، مُتعلِّق بـ«غرَس»، وقد يتعلَّق[١] قوله: (على أن الأرضَ إن ظهر لها مالكٌ: دفَع أُجرتَها)، أي: شرَط حين الغرسِ ذلك، ومُقتضاه أنه لا يعلَم أن الأرضَ ملكٌ أو وقفٌ[٢]، (وأن المُدَّعى عليه يتعرَّضه[٣]) في الأرض والغِراس (بغير حقِّه، وطالَبه بذلك)، أي: بدفع التعرُّض له، (فأجابَ المُدَّعى عليه بأن الأَثْل المذكورَ غرَسه مُستأجِرُ الوقفِ له)، أي: فأجاب بأن الأرض وقفٌ، وأن مُستأجِرَها غرَس في الأرض الموقوفة بعد الاستئجار، فطلب القاضي من المُدَّعي البيِّنَةَ على ذلك، (فأحضَر شاهدَين شهِدا بأنه)، أي: المدعى له، (غرَسه)، أي: الأثل، (من المُدَّة المذكورة)، وهي ثمانية عشر سنةً، فهو مُتضمِّنٌ لوَضْع اليد معنًى، لكنَّه لا يكن قضاءً بالملك، فيحتاج للقضاء به إلى البرهان، (وزاد أحدُهما)، أي: الشاهدَين في شهادته، (بأنه واضعُ اليد عليه، فحكَم القاضي بالملك للمُدَّعي، ولم يطلُب البيِّنَةَ من المُدَّعى عليه).

(فسُئِلتُ عن الحكم) الشرعيِّ في هذه الدعوى، (فأجَبتُ بأنه)، أي: حكم القاضي بالملك للمدعي، (غيرُ صحيح؛ لأن المُدَّعي لم يُبيِّنْ أنه في هذه الدعوى خارجٌ أو ذُو يدٍ على الأرض، وعلى كلٍّ)، إن بيَّن أو لم يُبيِّن، (لا مُطابَقة بين الدعوى والشهادة)؛ لأن الشهادة على الغَرْس من هذه المُدَّة، والدعوى على الغرس، وأن لا حقَّ للمُدَّعى عليه في الأرض.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وقد يتعلق، عبارة مختلة، فالصواب: ويتعلق به أيضا قوله: على ان الأرض... إلخ، انتهى).

(٢) قوله: (ومقتضاه أنه لا يعلم أن الأرض ملك أو وقف)، في هامش (ع)، وليس في غيرها من النسخ.

(٣) في هامش (خ): (قوله: يتعرضه، صوابه: يتعرض له).

(والحاصل): أن الواجب (على القاضي أن يَستأنِف الدعوى، فإن ذكَر المُدَّعي أن المُدَّعى عليه واضعُ اليد، وأنه)، أي: المدعي، (خارجٌ، وصدَّقه المُدَّعى عليه على وَضْع اليد[1]، أو بَرْهَن عليه)، أي: على وضع اليد، (ثم بَرْهَن على الغَرْس) لتصِحَّ الدعوى، (وشهِدا على طبق الدعوى: طلَب من الناظر) على الوقف (البُرهانَ، فإن برهَن على ما ادَّعى: قدَّم بُرهانَ الخارج؛ لأن الغَرْس مما يتكرَّر)، أي: يقع مرَّةً بعد أُخرى، (فليس) الغرسُ (كالنِّتاج)، أي: ليس دعواه كدعوى النِّتاج، حيث تُقدَّم بيِّنةُ ذي اليد في دعوى النِّتاج؛ لأنه لا يتكرَّر، فلا يُمكن أن يقع مرَّةً عند هذا ومرَّةً عند ذاك، والأصلُ: أن كلَّ سبب لا يتكرَّر يُفيد أوَّليَّة[2] الملك صريحًا، فلا يثبُت للآخر إلا بالتلقِّي منه، كنَسْج الثوب، وحَلْب اللَّبَن واتخاذ الجُبن، وكلُّ سبب يتكرَّر فهو بمنزلة الملكِ يُقضَي به للخارج، كنَسْج الخَزِّ، والبناء، والغرس، وزَراعة البُرِّ والحُبوب ونحوِها[3].

---

(١) قال الحموي (٢/ ٤٣٢): «أقول: فيه أن اليد لا تثبت بالعقار بالمصادقة، بل بالبينة أو علم القاضي، كما قدمه، فتأمل».

(٢) في (ع): (أولوية).

(٣) في هامش (خ): (قال في «الملتقى»: ولو برهن خارج وذو يد على النتاج: فذو اليد أولى، وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخر، وعلى النتاج عنده: فذو اليد أولى. ولو برهن أحدهما على الملك المطلق، والآخر على النتاج: فذو النتاج أولى لسبقه، وكذا بينة النتاج أولى، وكذا لو كانا خارجين. ولو قُضي بالنتاج لذي اليد، ثم برهن ثالث على النتاج: قُضي له، إلا أن يعيد ذو اليد برهانه، كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج: فإنه يقبل وينقض القضاء بالملك المطلق بالبرهان على النتاج؛ لأنه بمنزلة النص. واعلم أن كل سبب من أسباب ملك لا يتكرر: فهو في الحكم مثل النتاج في أولية الملك صريحا، فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي منه، ولم يتلق ذلك، وذلك كنسج ثياب، لا تنسج إلا مرة، وغزل قطن، وكحلب اللبن، واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي، وجز الصوف، وقص الشعر ونحوها، فتقدم البينة بهذا السبب، ويرجح ذو اليد؛ لأنه في معنى النتاج، ولو كان النتاج ونحوه عند بائعه، إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلا، كغصب، ووديعة، أو =

(وإنْ ذكَر المُدَّعي) في دعواه (أنه واضعُ اليد، وأن) الناظر (المُدَّعى عليه يُعارِضه) في الغِراس، ويقول: إنه للوقف، (وبَرْهَن) المُدَّعي على وَضْع اليد: لم يُقبل، كما قال في الأوَّل: «أو صدَّقه المُدَّعى عليه على وَضْع اليد»؛ لأن التصديق بوضع اليد في العقار لا يكفي، كما مرَّ، فالصحيحُ ما هنا، (فبرهَن الناظرُ على غِراس المُستأجِر: قُدِّم بُرهانُ الناظر) الخارجِ؛ (لكونه خارجًا)، وبيِّنةُ الخارج أحقُّ.

(وهل الترجيحُ لبيِّنة الناظر لكونها تُثبِت الغرسَ بحقٍ، و)البيِّنةُ (الأُولى)، أي: بيِّنة المُدَّعي، (تُثبِته)، أي: الغراس، (غَصْبًا؟ قلتُ: لا ترجيحَ بذلك)، أي: بكونه حقًّا على كونه غصبًا.

(ثم سُئِلتُ: لو أرَّخا في الغَرْس؟ فأجَبتُ بتقديم بيِّنة الخارج، إلا إذا سبَق تاريخُ ذي اليد، فتُقدَّم) بيِّنتُه. وأما إذا لم يَسبِق، بأن تساوَيا، أو سبَقت بيِّنةُ الخارج، فلا تُقدَّم؛ (لأن الغَرْس مما يتكرَّر[1])، فيكون الغرسُ الأوَّلُ وُضِع بحقٍّ، والآخَرُ بغيره[2].

= إجارة ونحوها في رواية، كما في «الدرر». وأما ما يتكرر من الأسبب، فليس بمنزلة النتاج، بل بمنزلة الملك المطلق، فيقضى به للخارج، وذلك كنسج الخز، وكالبناء، والغرس، وزراعة البر والحبوب، ونحوها، انتهى بزيادة من شرحه «الدر المنتقى»).

(١) في هامش (خ): (قوله: لأن الغرس مما يتكرر، أي: فليس كالنتاج، كما مر، أي: بل هو بمنزلة الملك المطلق، فيقضى للخارج، وهو تعليل لقوله: فأجبت بتقديم بينة الخارج، خلافا للحموي و«أبي السعود» وهذا الشارح، واتباعا لما صرح به المصنف سابقا، ولما هو مصرح به في «الملتقى» و«شرحه» المنقول بهامش الصفحة التي قبل هذه. هذا ما سنح لي، والله أعلم).

(٢) في هامش (خ): (قوله: فيكون... إلخ، يظهر لي أنه مخالف لقول المصنف: وهل الترجيح... إلخ، إلى أن قال: قلت: لا ترجيح بذلك، ويمكن دفعه وتصحيحه، والله أعلم وإني لا أعلم. والذي سنح لي أنه تفريع فاسد مبني على ما فهمه تبعا للحموي، وقد علمت ما فيه من الهامشة المكتوبة فوق هذه، وإن ظهر لك خلاف ما سنح لي: فلا ضرر علينا، وكل مطلع يفهم ما فتح له).

(وقال الزيلعي: إنه)، أي: دعوى الغرس، (بمنزلة المِلك المُطلَق[١]، وهذا) الذي ذكرناه من تقديم بيِّنة الخارج إن لم يُؤرِّخا، وبيِّنةُ ذي اليد إن أرَّخا، وسبَق تاريخُ ذي اليد، (حكمُه)، أي: حكم الملكِ المطلق.

(ثم رأيتُ في غصب «القُنية») ما يُخالفه، حيث قال: (لو) غصَب (غَرْسَ المُسلم[٢] في أرضٍ مُسَبَّلةٍ)، أي: موقوفةٍ على أبناء السبيل: (كانت) الأشجارُ (سبيلا[٣]، فمُقتضاه أن يكون الأثلُ وقفًا على أبناء السبيل. وظاهرُ ما في «الإسعاف» أنه لو غرَس في الوقف، ولم يَغرِسْ له)، أي: للوقف، (كان ملكًا له، لا وقفًا[٤])، كما هو ظاهرُ كلام «القنية».

(وذكر في «خزانة المفتين»[٥]) من الوقف (حكمَ ما إذا غصَب أرضًا، وبنى فيها أو غرَس)، وهو مذكورٌ في المتون أيضًا؛ قال في «التنوير» و«شرحه»: «من بنَى أو غرَس

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الدعوى، باب ما يدعيه الرجلان (٤/ ٣٢١).

(٢) في هامش (خ): (قوله: المسلم. انظر في مفهومه).

(٣) في (خ): (مسبلا).

(٤) في هامش (خ): (قوله: كان الغرس ملكا له، لا وقفا. قال البيري: أقول: صرح في «الذخيرة» أنها لا تصير وقفا، حيث قال: أرض موقوفة على الفقراء، استأجر رجل من المتولي، وطرح فيها السرقين، وغرس الأشجار، ثم مات المستأجر: فالأشجار ميراث للورثة؛ لأنها ملك المورث، ويؤخذون بقلعها؛ لأن الإجارة انفسخت، انتهى بحروفه). ثم قال البيري (٢/ ٢٠٠): «ونقل في «جامع الفصولين» تفصيلا حسنا، حيث قال: غرس في أرض موقوفة على رباط، فلو كان الغارس يلي تعاهد هذه الأرض: فالشجر للوقف؛ إذ هذا من جملة التعاهد، يكون غارسا للوقف ظاهرا، ولو لم يتعاهدها فهي له».

(٥) قال الحموي (٢/ ٤٣٣): «أقول: الحكم مذكور في «الكنز» وغيره من المتون، فلا داعي إلى الإغراب بالعزو إلى «خزانة المفتي»».

في أرض غيره بغير إذنه: أُمِر بالقَلْع والردِّ إلى المالك، وله أن يضمَن له قيمةَ بناءٍ أو شجرٍ يستحِقُّ القلعَ. ولو زرَعها: فالخارجُ للزارع، وعليه أجرُ مثل الأرض»(١).

ومقتضى هذا المنقولِ في جواب هذا السؤال: إن كانت الأرضُ وقفًا: فالغِراس للوقف، إلا إن غرَسه لنفسه، وإن كانت ملكًا: فالغارس إن كان غاصبًا: يُؤمَر بالقَلْع إن لم يضُرَّ بالأرض.

والحاصل: في تحرير هذه الدعوى أن المُدَّعي يدَّعي الغراسَ لنفسه، وأن الأرضَ غيرُ معلومٍ حالُها من كونِها ملكًا أو وقفًا، وأنه إذا ظهر لها مالكٌ يَدفع أُجرتَها له، فبذلك اقتضى أنه غارِسٌ بغير إذنٍ، وأن المُدَّعى عليه لا حقَّ له في الأرض ولا في الغِراس، ويُريد دَفْعَه عن الدعوى، فأجابَه المُدَّعى عليه أن الأرض وقفٌ، وأنه ناظرٌ عليها، وأن الغارس المُستأجِرَ لها، فيحتمل أن يكون الغرسُ للمُستأجِر أو للوقف، فمَآلُه إلى أن الغرس للوقف أو لمالكه، فالغِراسُ مُدَّعًى لكلٍّ منهما، فطلَب القاضي البيِّنَةَ من المُدَّعي، والحكمُ بالملكِ له خطأٌ؛ إذ دعوى الغرسِ لا تقتضي الملكَ له(٢)؛ لاحتمال أن يكون غرَسه لغيره، وشهادةُ الشُّهود لا تُفيد الملكَ، نعم؛ ذكرُ المُدَّة يقتضي وَضْعَ اليد(٣)، وهو لا يقتضي الملكَ أيضًا، وعدمُ طلبِ القاضي البيِّنَةَ من المُدَّعى عليه خطأٌ أيضًا؛ لأنه مُدَّعٍ أيضًا.

فالواجبُ على القاضي أن يَستأنِف الدعوى، فيَسأَلَ المُدَّعي أنه خارجٌ أو ذُو يدٍ أوَّلًا، فإن ذكر أنه خارجٌ، وأن المُدَّعى عليه واضعُ اليد: لا بد من إقامة البيِّنة على

---

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الغصب (ص ٦١٦).

(٢) أي: للمدعي.

(٣) في هامش (خ): (قوله: نعم ذكر المدة، أي: في كلام الشاهدين، وقد ذكر أحد الشاهدين صراحة أنه واضع اليد، انتهى).

ذلك؛ **لأن اليد لا تثبُت في العقار بالتصادُق**[١]، فإذا أقام البيِّنةَ على ذلك: يطلُب البيِّنةَ على غِراسه في المُدَّة المذكورة، وأنه مِلكٌ له، فإن شهِدا بذلك: طلَب من المُدَّعى عليه الناظرِ البيِّنةَ أيضًا، فإن أثبَت أنها وقفٌ، وأن الغراسَ للمُستأجِر أو للوقف: فقد تعارَضت البيِّنتان، كلٌّ منهما يدَّعي الملكَ المُطلَق؛ لأن الوقف كالملك، كما صرَّح به المقدسي في «شرح نظم الكنز»، لكن أحدُهما ذو يدٍ، و**بيِّنةُ الخارج في الملكِ المُطلَق أحقُّ**.

لا يُقـال: بيِّنـةُ ذي اليدِ أَولـى؛ لأن فيه دعـوى الغِراس، فهو كالنِّتـاج، قلنا: ليس كالنِّتـاج؛ لأنه يتكرَّر.

ولا يقال: بيِّنةُ الناظر تُثبت الغِراسَ بحقٍّ، وبيِّنةُ المُدَّعي تُثبته غصبًا، والأُولى أحقُّ؛ لأنَّا نقول: ذلك لا يُفيد مع الخارج وذي اليد، نعم؛ إذا أرَّخا، وسبَق تاريخُ ذي اليد: فالبيِّنة له. ولو كان المُدَّعي ذا يدٍ، والمُدَّعى عليه خارجًا: كان بيِّنةُ الخارجِ أحقَّ، وإذا أرَّخا: فالأسبقُ، فإن دعوى الوقفِ كالملك، كما مرَّ.

[فائدة: لا تحالُفَ بين المُتبايعَين إذا اختلفا في الأجل، إلا في السَّلَم]

(**لا تحالُـفَ**) بيـن المُتبايعَيـن (**إذا اختلفَـا فـي الأجـل**)، أي: فـي وصفِـه أو قـدره؛ لأنـه اختـلافٌ فـي غير المعقـود عليـه والمعقـود به، فأشـبَه الاختـلافَ في الحـطِّ والإبراء؛ لأنـه لا يختلُّ قِـوامُ العقـدِ بانعدامه، بخلاف الاختـلاف في الثمن

---

(١) فيه: أن الدعوى في منقول، وهو الغراس؛ لأن الحق أن البناء والغراس من المنقولات، ولذا لا يحتاج بيعه إلى مسوغ إذا كان ليتيم، بخلاف العقار، وأيضا لا شفعة فيه، ولو كان على أرض محتكرة مستحقا للبقاء والقرار، خلافا لمن غلط).

أو وصفه[١]، حيث يكون كالاختلافِ في القدر[٢] في جرَيان التحالُف[٣].

(إلا) في الاختلاف (في أجل السَّلَم[٤])، بأن ادَّعاه أحدُهما ونفاه الآخرُ: فإن القول لمُدَّعيه عند الإمام؛ لأن الأجل فيه شرطٌ، وتركُه مُفسِدٌ للعقد، وإقدامُهما عليه يدُلُّ على الصحَّة، فكان القولُ لمُدَّعيه؛ لأن الظاهر يَشهَد له، بخلاف ما إذا اختلفا في غيره؛ إذ لا تعلُّقَ له بالصحَّة والفساد[٥].

[فائدة: دعوى دفعِ التعرُّض مسموعةٌ]

(دعوى دفعِ التعرُّض مسموعةٌ على المُفتَى به، كما في دعوى «البزَّازية»[٦])، فلو ادَّعيَا أرضًا، كلُّ واحدٍ منهما أنها في يده: لا يُقضَى باليد لواحدٍ منهما. ولو أقرَّ أحدُهما باليد للآخر: لا يُقضَى له بها، ولو أقام أحدُهما بيِّنةً أنها في يده: يُقضَى باليد له؛ لأن البيِّنة قامَتْ على خصمٍ؛ لأنه يُنازِعه في اليد، كما في «الجامع».

---

(١) في «غمز العيون»: (وصف الثمن أو جنسه).

(٢) في (خ): (العقد).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٤٣٣).

(٤) في هامش (خ): (قوله: إلا في أجل السلم. لا يخفى ما في فساد هذا الاستثناء، وكان الواجب على الشارح الالتفات والتنبه والتنبيه، كما تقتضيه طبيعة الفقيه. والحاصل أنهما إذا اختلفا في الأجل، أي: في أصله أو قدره: فلا تحالف، والقول للمنكر بيمينه، فالمنفي المفاعلة، هذا في الاختلاف في غير أجل السلم. أما فيه، فالقول لمدعيه؛ لأنه من قبيل الاختلاف في الصحة والفساد، فالقول لمدعي الصحة، فكان الواجب على المصنف التعبير بعبارة تؤدي هذا المراد، وما عبر به غير مرضي عند الفقهاء؛ لأن مقتضى الاستثناء جريان التحالف في الاختلاف في أجل السلم، مع أنه لا تحالف، بل القول لمدعي الأجل بيمينه).

(٥) فكان القول لنافيه. انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤٣٣).

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الأول في معرفة الخصم والتناقض والدفع (٥/ ٣١٤).

وفيه إشارةٌ إلى أن دعوى دفعِ التعرُّض مسموعةٌ؛ لأن اليد ليست بثابتةٍ للآخر، ويكون مانعًا لدفع التعرُّض.

وبه يسقُط ما قيل: إنه لو قضى القاضي بدفع التعرُّض، ومنَع الخصمَ من مُعارَضته بعدها، هل يكون القضاءُ منه مانعًا للخصومة من المَقضِيِّ عليه في الحادثة المُتنازَعِ فيها أم لا؟ فإن كان مانعا ظهر نتيجتُه، وإن لم يكن مانعًا فأيُّ فائدة فيه[1]؟ لأنه يكون مانعًا لدفع التعرُّض، «شيخنا»[2].

[فائدة: دعوى قطعِ النِّزاع ليست مسموعةً]

(ودعوى قطعِ النِّزاع لا) تكون مسموعةً. والفرقُ بينهما، كما في «البحر»، «أنه[3] يدَّعى عليه أنه يتعرَّض له بغير حقٍّ، ويُطالب بدفع التعرُّض، وفي هذا[4] يدَّعي أنه إذا كان له شيءٌ عليه يدَّعيه، وإلا يشهد على نفسه بالإبراء»[5].

(كما في «فتاوى قارئِ الهداية»). قال فيها: «سُئل عن شخص ادَّعى على آخرَ أنه يقطع النِّزاعَ بينه وبينه، بأن كان له حقٌّ أو مطالبةٌ يدَّعي عليه ويُطالِبه، وإن كان ليس له حقٌّ: يُشهِد عليه أنه لا يستحِقُّ عليه شيئًا من الحقوق والدعاوى والمُطالَبات، فهل تُسمع هذه الدعوى من المُدَّعي أو لا؟ أجاب: لا يُجبَر على

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤٣٤). وهنا بياض بمقدار كلمتين في النسخ.

(٢) في هامش (خ): (قوله: «شيخنا»، هو أبو السعود، محشي «الأشباه»، وملا مسكين غير أبي السعود العمادي، مفسر القرآن، ومفتي دار الخلافة العظمى سابقا).

(٣) في دعوى دفع التعرض.

(٤) أي: دعوى قطع النزاع.

(٥) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ١٩٤).

أن يدَّعي عليه؛ لأن الحقَّ له، إن شاء طالَبه، وإن شاء تركه»[١]، انتهى.

[فائدة: اختلافُ الشاهدَين مانعٌ، إلا في مسائل]

(اختلافُ الشاهدَين مانع[٢]) من قبول الشهادة، (إلا في إحدى وثلاثين مسألةً ذكَرناها في «الشرح»[٣])[٤].

[فائدة: يُقبل ما يُخبر به القاضي حالَ قضائه، إلا الإقرار بحدٍّ]

(إذا أخبَر القاضي) العدلُ العالمُ (بشيءٍ حالَ قضائه: قُبِل منه) ذلك الإخبار، وفي غير العالمِ العدلِ: لا يُقبل، (إلا إذا أخبَر بإقرارِ رجلٍ بحدٍّ)، أي: بسبَبه من سرقةٍ، أو زنا، أو شُرب خمرٍ، فإنه لا يُقبل منه.

وقد تقدَّم عن «الملتقى» أنه «إذا قال لك قاضٍ عدلٌ عالمٌ: قضَيتُ على هذا بالرَّجْم، أو القَطْع، أو الضَّرْب، فَافْعَلْه: وسِعكَ فعلُه، وكذا في العدلِ الغير العالم إن استُفسِر فأحسَن التفسيرَ، وإلا فلا، ولا يُعمَل بقول غيرِ العدلِ مطلقًا، ما لم يُعايَن سببُ الحكم الشرعيِّ»[٥]، انتهى.

قال في «شرحه»: «ومنَعه محمدٌ مطلقًا حتى يُعاين الحجَّة، واستحسَنوه في

---

(١) «فتاوى قارئ الهداية» (ص ٨٧).

(٢) في هامش (خ): (قوله: مانع، أي: في المسائل التي يشترط العدد؛ احترازا عن ما يكتفى فيه بشاهد واحد، «بيري»، تأمل).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة، يعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى (٧/ ١٠٩ ـ ١١١).

(٤) هنا بياض في النسخ قدر نصف صفحة.

(٥) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب القضاء، فصل في القضاء بالمواريث (٣/ ٢٥٤).

زماننا. وفي «العيون»: وبه يُفتى، إلا في كتاب القاضي[١]؛ للضرورة»[٢].

(وتمامُه في «شرح أدب القضاء» للصدر الشهيد). ذكَر فيه ما مُحصَّلُه: «إن القاضي يقضِي بعلمِه إلا في الحدود، ما لم يوجَدْ نصابُ الإقرار بشرائطه، والبيِّنةُ بشرائطها، وليس في هذا إخبارُ القاضي بشيء»، انتهى. ومسألتا القضاءِ بالعلم وإخبارِ القاضي تقدَّمتا في كلامه.

[فائدة: لا تسمع الدعوى بدين على الميت، إلا في مواضعَ]

(لا تُسمع الدعوى بدَين على الميِّت، إلا على وارثٍ، أو وصيٍّ، أو مُوصًى له بجميع المال)، «أو بما زاد على الثُّلُث. وأما المُوصَى له بالثُّلُث، فليس بخصم»، «بزازية»[٣].

(فلا تُسمع على غريم له)، «أي: مديون الميت»، «حموي»[٤].

وفي «البزازية»: «ولو من غريم آخرَ[٥]، سواءٌ قبَض الغريمُ الأوَّلُ شيئًا أو لا»[٦]، انتهى. فهذا صريحٌ في أن الغريم دائنُ الميِّت[٧].

---

(١) في (خ): (كتاب القاضي إلى القاضي).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب القضاء، فصل في القضاء بالمواريث (٣/ ٢٥٤).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض، نوع فيمن يشترط حضرته (٥/ ٤٠٧).

(٤) «غمز عيون البصائر» (٢/ ٤٣٥).

(٥) أي: الغريم لا يكون خصما لغريم آخر.

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض، نوع فيمن يشترط حضرته (٥/ ٤٠٧).

(٧) في هامش (خ): (قوله: دائن الميت. حكى البيري فيه خلافا، حيث قال: وقيل: دائن الميت ليس بخصم، ونقل عن «البزازية» أن مديون الميت ودائنه كل منهما خصما، ولم يحك الخلاف إلا في دائنه، تأمل).

وفي «الخزانة»: «لو مات رجلٌ في بلدة بعيدةٍ، وترَك مالا، ووارِثُه في بلدٍ منقطعٍ عنه، وادَّعى رجلٌ دَينًا في تركته: يُنصَب له وصيًّا، ويُسمَع بيِّنتُه، ويُقضَى له بالدَّين، ولو لم يكن مُنقطِعًا: لا تُسمع بيِّنتُه على غير الوارث»، انتهى.

(إلا إذا وهَب جميعَ مالِه لأجنبيٍّ وسلَّمه له: فإنها تُسمع عليه؛ لكونه ذا يدٍ، كما في «خزانة المُفتين»)، استثناءٌ من الحَصْر في الثلاث[1]، وليس استثناءً من الغريم؛ لأن الموهوبَ له ليس بغريم، ولا حاجةَ إلى تنزيله مَنزلتَه باعتبار مُغايَرته للثلاث.

قال العلامة المقدسي: قوله: إلا إذا وهب... إلخ، صادقٌ بما لو وهَب جميعَ مالِه في صحَّته ثم مات، وهذا لا يكون خصمًا لمَن له دَينٌ، نعم؛ إن كان فيما وهَبه عينٌ مغصوبةٌ ونحوها: كان خصمًا لمُدَّعيها.

والذي في «البزازية»: أن «المُوصَى له بجميع المال، أو بما زادَ على الثُّلُث: خصمٌ [إذا صحَّ]؛ لعدم الوارث؛ لأن استحقاق الزائدِ على الثُّلُث من خصائص الوارث، فيُلحَق [في الحكم] بالوارث»[2]، انتهى.

[فائدة: المُدَّعى عليه إذا دفَع دعوى الملكِ اندفعت بلا بيِّنةٍ، إلا في مسألتَين]

(المُدَّعى عليه إذا دفَع دعوى) المُدَّعي (الملكَ من فلان، بأن فلانا أودَعه إياه: اندفعت الدعوى بلا بيِّنةٍ)؛ لتوافُقِهما على المِلك لغيره، (إلا في مسألتَين)، لا تندفِع فيهما بلا بيِّنةٍ:

---

(١) في هامش (خ): (قوله: من الحصر في الثلاثة، كأنه قال: انحصرت الخصومة في الثلاث، وليس هناك خصم سواها إلا الموهوب له جميع المال، فإنه خصم؛ لكونه صاحب يد، هذا مراد الشارح).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض، نوع فيمن يشترط حضرته (٥/ ٤٠٧).

(الأُولى: إذا ادَّعى المُدَّعي الإرثَ عنه)، أي: عن فلان، وأجابَه المُدَّعي بأنَّ فلانا أودَعَه إياه: (فإنها لا تندفِع)؛ لأنه مُضطَرٌّ إلى انتزاع ملكِه من يدِ المُدَّعى عليه؛ لأنه خرج عن كونه مُودَعًا بموت المُودِع، (بخلاف دعوى الشِّراء منه)، فإنه لا يخرُج عن كونه مُودَعًا.

(الثانية: إذا ادَّعى الشِّراءَ منه)، أي: من فلان، (وقال: أمَرني بالقبض منك)، فقال المُدَّعى عليه: إنه أودَعه إياه، (لا تندفع) إلا بالبيِّنة، ولو صدَّقه في الشِّراء: لم يُؤمَر بالتسليم؛ لئلَّا يكونَ قضاءً على الغائب بإقراره، وهي عجيبة.

(والفرق) بينهما (في «فروق الكرابيسي»)، قال فيه: «والفرقُ: أن الوارثَ خلَفٌ عن المُورِّث، فكأنَّه طلَب منه فأنكَر، فينتصِب خصمًا، بخلاف المشتري، فإنه ليس خصمًا عن البائع»[1]، انتهى.

[فائدة: دعوى القضاء والشهادة عليه من غير تسمية القاضي لا تصح، إلا في مسألتين]

(دعوى القضاء والشهادةُ عليه من غير تسمية القاضي: لا تصحُّ)، «أي: من غير أن يقولوا بأن القاضي فلانَ بن فلان حكَم بذلك، كما في الحُرمة الثابتة بسبب اللِّعان، وكما في الطلاق بسبب العُنَّة، وكما في الفُرقة بسبب البلوغ؛ لأن القضاء

---

(١) قال في «تنوير الأذهان» (ل/ ١٦١/ أ): «وفي «الهامش» لعلي المقدسي: أقول: لم نجدها في «فروق الكرابيسي»، لكنها في «فروق الإمام المحبوبي»، والمصنف سامحه الله تعالى كان يشتبه عليه الكتابين بالآخر، وقد وجدت له محلا آخر يقتضي ذلك. وعبارة «المحبوبي»: والفرق أن الوارث خلف عن المورث، فكأن المورث طلب وأنكر هو، فينتصب خصما، بخلاف المشتري، فإنه لا يكون نائبا خلفا عن البائع، انتهى».

عقدٌ من العقود، فإذا شهدوا بالعقد، ولم يُسَمُّوا العاقدَ: لا يصير معلومًا، فلم يجُزْ»، «بيري»[١].

(إلا في مسألتَين)، فإنها تُقبل الشهادةُ على دعوى القضاء، وإن لم يُسمُّوا القاضيَ:

(الأُولى: الشهادة بالوقف)، أي: بدعواه، (أي): بأن ادَّعى وشهِدوا (بأنَّ قاضيًا من قُضاة المسلمين قضى بصحَّته)، أي: الوقف، (صحَّتْ) الدعوى والشهادةُ، بخلاف ما لو شهدوا على إقرار الواقفِ بأنه قضى به قاضٍ: فإنه لا يصحُّ؛ لأن الإقرار لا يكون حُجَّةً على القاضي الذي يُريد إبطالَه، كما في «الظهيرية»، ولكن «ذكر الصدرُ الشهيد في «واقعاته»: إذا كتب صكَّ الوِصاية أو صكَّ التولية، ولم يذكُر فيه جهةَ الوصاية والتولية: لا يصحُّ الصكُّ؛ لأن الوصيَّ يكون من جهة القاضي، ويكون من جهة الأب، وأحكامُهما مختلفةٌ، وكذا المُتولِّي، قد يكون من جهة القاضي، وقد يكون من جهة الواقف، وأحكامُهما مختلفة، وإن كتَب أنه وصيٌّ[٢] أو مُتولٍّ من جهة الحاكم، ولم يُسمِّ الحاكمَ الذي نصَبه، ولا القاضي الذي ولَّاه[٣]: جاز.

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٠٣).

(٢) كذا في النسخ. وفي «تنوير الأذهان»: (قضى).

(٣) في هامش (خ): (قوله: ولا القاضي... إلخ، عطفه على الحاكم يدل على أن التولية ليست من خصوصيات القاضي، وأطلق في الحاكم، فشمل أمير البلدة، وقد تقدم صريحا عن «الحموي» نقلا عن «الغزي»، ومثله في شرح «البيري» نقلا عن «العيني» في «مختصر الظهيرية»، فتنبه لذلك. ولا يقال: إن المراد بالحاكم السلطان؛ لأن المتعارف التعبير عنه بالخليفة. ولا يقال: إن القاضي محمول على القاضي المولى من قبل الحاكم؛ لأنه تقييد للنص من غير نص صريح، وهو لا يجوز إجماعا، انتهى. وحاصل فقه المذهب في هذه المسالة أن تولية الناظر، وإقامة الوصي، والإمام للمسجد، وهكذا جميع أرباب الوظائف الشرعية ليست من خصوصيات القضاة؛ لأنها ليست بقضاء، بل ولا من أعمال القضاء، على ما صرح به «العمادي» وغيره، فتنبه لذلك. وقد أنكر هذا =

قال: وعلى هذا القياس إذا احتِيجَ إلى كتابة القاضي[1] في المُجتهَدات كالوقف، وإجارةِ المُشاع[2]، فكتب: وقضى قاضٍ من قُضاة المسلمين بصحَّته وجوازِه، يجوز ذلك، وإن لم يُسمِّ ذلك القاضي»، كذا في «تنوير الأذهان»[3].

(الثانية: الشهادةُ بالإرث)، بأن ادَّعى رجلٌ بأنه وارثُ فلان الميِّت، وأن قاضيَ بلدِ كذا قضَى بوراثتِه، وجاء بشاهدَين، (أي: شهِدا بأن قاضيًا من القُضاة قضَى بأنَّ الإرثَ له)، أي: للمُدَّعي، (صحَّت)، ويجعلُه القاضي وارثًا، وإن لم يُسمِّ القاضيَ.

(وهما)، أي: هاتان المسألتان، (في «الخزانة»).

[فائدة: دعوى الفعل من غير بيان الفاعل لا تُسمع، إلا في مسائل]

(ودعوى الفعل من غير بيان الفاعل: لا تُسمع)، يعني: أن تسميةَ الفاعل شرطٌ في دعوى الفعل، قال البيري: «قال في «العمادية»: وفيه اختلافُ المشايخ، وأدلَّةُ الكُتب مُتعارِضةٌ، والمُؤلِّفُ جزَم بأحد الطرفَين»[4].

(إلا في أربعٍ)، صوابُه: إلا في ستٍّ:

(مسألتَي القاضي) المُتقدِّمتَين اللَّتَين عزَاهما لـ«الخزانة».

(والثالثة: الشهادةُ بأنه اشتراه من وصيِّه في صِغَره: صحيحةٌ، وإن لم يُسمُّوه)، أي: الوصي، بأن ادَّعى دارًا في يد رجل، فأقام ذو اليد بيِّنةً على أنه اشتراها من

= بعض أهل العصر عنادا، ونُبِّه فلم يرجع كعادته، نعوذ بالله من المتكبرين الذي يتكبرون عن قبول الحق، فبئس مثواهم، انتهى).

(١) في النسخ: (القضاء)، والمثبت من «تنوير الأذهان».

(٢) في «تنوير الأذهان»: (إجازة المشايخ).

(٣) «تنوير الأذهان والضمائر» (ل/ ١٦١/ أ-ل/ ١٦١/ ب).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٠٤).

وصيِّه في صِغَره بكذا، ولم يُسمِّ الوصيَّ، قال البيري: «ولم أعلَمْ وجهَ الاستثناء في كلامه[١]، مع أن المُصرَّح به[٢] في «شرح الأدب» أن كلَّ الأفاعيل إذا شهدوا بها، ولم يُسمُّوا الفاعلَ: لا تُقبل»[٣]، انتهى.

(الرابعة: الشهادة بأن وكيلَه باعه من غير بيانِه)، أي: الوكيل.

(والكلُ)، أي: كلُّ هذه المسائلِ الأربع، (من «خزانة المفتين»).

(الخامسة: نسبتُه)، أي: الفعل، (إلى مُتولِّي الوقفِ من غير بيانِ نصبِه على التعيين)، وأقام على ذلك بيِّنةً: تُقبل.

(السادسة: نسبتُه إلى وصيِّ يتيمٍ كذلك)، أي: من غير بيانه على التعيين، وأقام على ذلك بيِّنةً: تُقبل.

(ويمكن رجوعُ الأخيرتَين)، أي: مسألتَي المُتولِّي والوصيِّ، (إلى الأُولى)، أي: مسألة الوكيل.

[فائدة: القضاء بالحرية قضاء على الكافة، إلا في موضع]

(القضاء بالحُرِّية قضاءٌ على الكافَّة)، أي: على جميع الناس، فلا تُسمع فيه دعوى الملكِ لأحدٍ[٤]، بخلاف الوقف على **الصحيح**، فتُسمع فيه دعوى الملك.

---

(١) الذي في «البيري»: «لم أر ما وجه صحة هذه الشهادة».

(٢) في هامش (خ): (قوله: مع أن المصرح به... إلخ، ما نقله المصنف مستثنى من هذه الكلية، والمصنف ناقل عن «الخزانة»، وسوء الظن بالنقلة مردود، فافهم، انتهى).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٠٤).

(٤) في هامش (خ): (قوله: دعوى الملك، أي: ودعوى وقف آخر. والمراد: دعوى الملك من غير الواقف. أما لو وقف، ثم ادعى الملك: لا يسمع منه حيث كان الوقف صحيحا محكوما بلزومه وصحته. أما قبل الحكم به، فيجوز إبطاله والرجوع؛ لأنه كالعارية عند الإمام ما لم يخرجه مخرج الوصية، كما علم في محله).

(إلا إذا قضى بعتقٍ) رقيقٍ، ناشيءٍ ذلك القضاءُ به (عن ملكٍ مُؤرَّخ، فإنه يكون قضاءً على الكافَّة من ذلك التاريخ، فلا تُسمع فيه دعوى ملكٍ بعده، وتُسمع قبله، كما ذكره مُلَّا خُسْرو[١] في «شرح الدرر والغرر»[٢])، أي: «شرح الدرر على الغرر»[٣].

[فائدة: القول لمنكر الأجل، إلا في السلم]

(القولُ لمُنكِرِ الأجَلِ)؛ لأن الأصل عدمُه[٤]، (إلا في السَّلَم، فـ)القولُ (لمُدَّعيه)؛ لأنه شرطُ صحَّتِه، فمُدَّعيه يدَّعي الصحَّة، ومُنكِره يدَّعي الفسادَ، والقولُ لمُدَّعي الصحَّة[٥].

[فائدة: الشِّراء والاستيداع يَمنعانِ دعوى الملك، إلا لضرورةٍ]

(الشِّراء[٦] يَمنع دعوى الملكِ)؛ لأن إقدامه على الشراء دليلٌ على الإقرار بأنه ملكُه، وأنه لا ملكَ له فيه.

(وكذا الاستيداعُ[٧]) يَمنع دعواه، (إلا لضرورةٍ، كما إذا خاف من الغاصب تلَف العينِ) المغصوبة، (فاشتراها أو أخَذها وديعةً) منه: فإن هذا لا يمنع دعوى الملك فيهما، (ذكره العمادي في «الفصول»، وفي «جامع الفصولين»[٨]، لكن

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ملا خسرو، هذا بناء على ما اشتهر به، وإلا فصوابه: محمد مولى خسرو).

(٢) في هامش (خ): (صوابه: لـ«الغرر»؛ فإن «الغرر» متن، و«الدرر» شرح له).

(٣) انظر: «درر الحكام»، كتاب البيوع، باب الاستحقاق (٢/ ١٩٠).

(٤) لأن الأصل في البيع أن يكون بثمن حال، لا مؤجل، «حموي».

(٥) والكفالة مثل السلم، «حموي» (٢/ ٤٣٧).

(٦) في هامش (خ): (قوله: الشراء، صوابه: الاستشراء).

(٧) أي: قبول قول من تكون العين وديعة عنده، «حموي».

(٨) الذي وجدته في «جامع الفصولين» بداية الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى (١/ ٩٠): =

بصيغة «ينبغي») أنه لا يمنع دعوى الملكِ فيهما، فذكَر هذا الاستثناءَ بحثًا.

[مطلب: في الجهالة التي تمنع صحَّة العقود والدعاوى والشهادات وغيرها]

(الجهالة في المنكوحة تَمنع الصحَّة)، «أي: صحَّة النكاح، فلو أمَره أن يُزوِّجَه امرأةً، فزوَّجه اثنتَين في عقدٍ واحد: لم يلزَمْه [واحدة منهما]؛ إذ لا وجهَ لتنفيذِهما؛ للمُخالَفة، ولا لواحدٍ منهما [غير عينٍ]؛ للجهالة، ولا أصلَ لتعيين أحدِهما؛ للترجيح من غير مُرجِّح، فتعيَّن التفريقُ»، كما في «تنوير الأذهان»[1].

(و)الجهالة (في المهر) لا تَمنع الصحَّةَ[2]، بل (إن كانت فاحشةً)، كما لو تزوَّجها على دابَّة أو ثوبٍ أو دارٍ، (فـ)يجب (مهرُ المِثل، وإلا) تكُنْ فاحشةً، (فـ) يجب (الوسَطُ)، كعبدٍ.

(والجهالةُ في البيع، فإن) كانت (في المَبيع والثمنِ تَمنع الصحَّةَ)، أي: صحة البيع.

= «الاستعارة، والاستيداع، والاستيهاب من المدعى عليه أو من غيره، وكذا الشراء، والمساومة، وما أشبهها من الإجارة وغيرها: يمنع صاحبها من دعوى الملك لنفسه أو لغيره. أقول: كون هذه الأشياء إقرارا بعدم الملك للمباشر ظاهرٌ، وأما كونها إقرارا بالملك لذي اليد، ففيه روايتان كما يأتي في أوسط هذا الفصل، والظاهر عندي أن مجرد ذلك ليس بإقرار لذي اليد؛ إذ قد يفعل ذلك مع وكيل المالك، فلا يكون إقرارا بالملك لذي اليد، فلا بد أن يميز بالقرائن، فيجعل إقرارا في موضع دون موضع بحسب القرائن، فعلى هذا ينبغي أن تصح دعواه لغيره في بعض المواضع، لا في بعضها».

(١) «تنوير الأذهان» (ل/ ١٦٢/ أ).

(٢) في هامش (خ): (قوله: لا تمنع الصحة، أي: صحة النكاح مطلقا، ويجب مهر المثل إن كانت فاحشة، وإن لم تكن فاحشة: يجب الوسط، انتهى).

والأصل: أن الجهالة في المنكوحة والبيع تَمنع الصحَّة؛ لأنهما يُؤدِّيان إلى المُنازَعة، وفي الثمن كذلك، وفي المهر تَمنع الفاحشةُ[(١)]، لا اليسيرةُ؛ لعدم الأداء إلى المُنازعة، بخلاف الكثيرة. والجهالة الكثيرةُ: جهالةُ الجنس والنوع والصِّفة. وأما جهالة الوصف، فيسيرة، وجهالة النوع والوصف[(٢)] فاحشةٌ، واليسيرة لا تؤثر في النكاح[(٣)]؛ لأن مَبناه على المُساهَلة، بخلاف البيع[(٤)].

(إلا إذا ادَّعى) رجلٌ (حقًّا في دارٍ، فادَّعى الآخَرُ عليه حقًّا في دار أُخرى، فتبايَعا الحقَّين المجهولَين، فإنه)، أي: التبايُع، (جائزٌ)؛ لعدم إفضاءِ هذه الجهالة إلى المُنازَعة.

(و)الجهالة (في الإجارة تمنَع الصحَّة)، أي: صحَّة الإجارة، كالجهالة (في العين) المُستأجَرة، فهو بدلٌ من «في الإجارة»، (أو في الأُجْرة، كـ)آجَرتُك (هذا أو هذا) بكذا أو كذا؛ لأن الإجارة عقدُ مُعاوَضة كالبيع، فيُفسِدها ما يُفسِده.

(و)الجهالة (في الدَّعوى تمنع الصحَّة)؛ لأن الدعوى للإلزام، والقضاء بالمجهول غيرُ مُمكِن، (إلا في) دعوى (الغَصْب والسَّرِقة)، فإن الجهالة فيها لا تمنع الصحة[(٥)].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: تمنع، أي: تمنع صحة التسمية، لا النكاح؛ فإنه صحيح بدون ذكر المهر وبنفيه أيضا، فكان الصواب للشارح حذف قوله: وفي المهر تمنع، لأنها عبارة فاسدة تحتاج لتأويل، كما ذكرنا، انتهى).

(٢) أي: الصفة.

(٣) في هامش (خ): (قوله: واليسيرة لا تؤثر في النكاح. يفهم منه: أن الكثيرة تؤثر، وليس كذلك، بل الجهالة لا تؤثر في النكاح مطلقا، سواء كانت فاحشة أو يسيرة، كما هو معلوم لكل فقيه صغير أو كبير، انتهى).

(٤) انظر: «تنوير الأذهان» (ل/ ١٦٢/ أ).

(٥) بياض في النسخ بمقدار ثلاث كلمات.

(و)الجهالة (في الشهادة كذلك)، أي: تَمنع صحَّتَها، (إلا) في الشهادة (فيهما)، أي: في الغصب والسرقة، فإنها لا تمنع الجهالة.

(و)الجهالة (في الرهن، والاستحلاف تَمنعه)، أي: ما ذكر، (إلا في ستٍّ، هذه الثلاثة): دعوى الغصب، والسرقة، والشهادة فيهما، (ودعوى خِيانة مُبهَمةٍ على المُودَع)، فإنها لا تمنع، (وتحليف الوصيِّ عند اتِّهام القاضي له)، أي: للوصي، فإن له تحليفَه، ولو على مجهولٍ، (وكذا المُتولِّي) للوقف يُحلَّف إذا اتَّهمه، ولو بمجهولٍ.

(و)الجهالة (في الإقرار) بحقٍّ، كـ: شيءٍ وحقٍّ، (لا تَمنعه)، بخلاف جهالة المُقِرِّ والمُقَرِّ له، كـ: لك على أحدِنا ألفٌ، أو لزيدٍ عليَّ ألفٌ: لم يصحَّ؛ لأن زيدًا في الدُّنيا كثيرٌ، ولزمه بيانُ المجهول بما له قيمةٌ، والقولُ قولُه مع يمينه إن ادَّعى المُقَرُّ له أكثرَ، ومُقتضاه: أنه لو أنكر الإقرارَ بمجهول: لا تسمع عليه البيِّنةُ؛ لجهالة المشهود به، «ملتقى» و«شرحه»[1].

(إلا في مسألة) لا يصحُّ فيها الإقرارُ بمجهول، (ذكرناها في بابه[2])، ونصُّه: «الإقرار بمجهول صحيح إلا إذا قال: علي عبد أو دار، غير صحيح، «بزازية»[3]».

(و)الجهالة (في الوصية لا تمنعُها، والبيانُ للمُوصِي[4]) في حياته، (أو وارثِه) بعد موته.

---

(١) انظر: «الدر المنتقى»، أوائل كتاب الإقرار (٣/ ٣٩٧).

(٢) أي: في كتاب الإقرار الآتي.

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإقرار، الفصل الأول فيما يكون إقرارا (٥/ ٤٤٧).

(٤) كذا في النسخ. وفي «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون»: (إلى الموصي).

(وفي «النتف»[١]: لو قال: أعطوا فلانا شيئا أو جزءا من مالي، أعطوه ما شاؤوا[٢])؛ لأنه مجهولٌ يتناوَل القليلَ والكثير.

(و)الجهالة (في الوكالة، فإن) كانت (في المُوكَّل فيه، وتفاحَشت: منعَتْ)؛ لجهالة الجنس، كما لو وكَّله بشِراء ثوبٍ أو دابَّة: فإنه لا يصحُّ وإن سمَّى الثمنَ؛ لأنه لا يمكنه امتثالُ ما أُمر به للجهالة الفاحشة، (وإلا)، بأن لم تَتفاحَشْ: (فلا) تَمنع، بأن كان مجهولَ النوع والصفة، كشِراء حمارٍ أو فرسٍ، أو قفيزٍ من حنطة، أو ثوب هَرَويٍّ؛ لأنه يقدر على امتثالِ ما وكَّله به، وإن لم يُقدِّر الثمنَ: تُعتبَر الصفةُ بحالِ المُوكِّل.

ولو وكَّله بشِراء جاريةٍ، أو عبدٍ، أو دارٍ، إن سمَّى الثمنَ: صحَّ، وإلا فلا؛ لأنه إن سمَّى الثمنَ: يكون مُلحَقًا بجهالة النوع، وإن لم يُسمِّ: يُلحَق بجهالة الجنس، فالرقيق جنسٌ؛ لتنوُّعه إلى تُركيٍّ وحَبشيٍّ وهِنديٍّ، والثوبُ والدابَّة كذلك. وإن بيَّن نوعًا، كالفرس والحمار والتُّركيِّ: صحَّ إذا سمَّى الثمن.

(و)الجهالة (في الوكيل تَمنع، كـ): وكَّلت (هذا أو هذا، وقيل: لا) تمنع.

(و)الجهالة (في الطلاق والعتاق لا تمنع، وعليه البيان). فلو طلَّق إحدى زوجتَيه غيرَ مُعيَّن، ولم تكن له نيَّةٌ في تعيين أحدِهما: يلزمه البيانُ، ولها رفعُه إلى القاضي حتى يُبيِّن إذا كان بائنًا أو ثلاثًا؛ لأن لكلٍّ منهما حقٌّ في استيفائه منافعَ

---

(١) في نسخ «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون» و«عمدة ذوي البصائر»: («المنتقى»).

(٢) عبارة السغدي في «النتف في الفتاوى»، كتاب الوصايا، الوصية بالمجهول (٢/ ٨٢٣): «أحدها: أن يقول: أعطوا فلانا شيئا من مالي، أو جزءا، أو بعضا، أو طائفة، أو حظا، أو ما شئتم، أو ما أحببتم، أو ما شاء الوصي، أو ما أحب الوصي، أو مقدارا: فإن حكم هذا كله واحد، ويعطونه ما شاء من قليل أو كثير».

النكاح وأحكامه، أو للتوصُّل إلى التزوُّج بغيره، فكان عليه البيانُ، والقولُ قولُه؛ لأنه المُجمِل، وعليها العِدَّةُ من حين البيان؛ لأنه في حكم الإنشاء.

وكذا لو قال لعبدَيه: أحدُكما حُرٌّ، فعليه البيانُ. والبيعُ لأحدِهما، أو عَرضُه على البيع، أو تدبيرُه، أو موتُه: بيانٌ في عِتق الآخَر.

(و)الجهالة (في الحُدود تَمنع) الحدَّ، (كـ: هذا زانٍ أو هذا)، فلا يُحَدُّ حدَّ القذف؛ لكون المقذوفِ مجهولا.

[فائدة: ليس للمُدَّعى عليه الإنكارُ إذا علِم الحقَّ، إلا في مواضع]

(لا يجوز للمُدَّعى عليه الإنكارُ إذا كان عالمًا بالحقِّ، إلا في دعوى العيب، فإنَّ للبائع إنكارَه ليُقيم المُشتري البيِّنةَ عليه؛ ليتمكَّن في الردِّ على بائعه)، وإلا فلا يكون له ردُّه.

ويُلحَق بذلك دعوى الاستحقاق، فإن للمُشتري إنكارَه ليُقيم مدعي الاستحقاقِ البيِّنةَ ليتمكَّن المشتري من الرجوع بالثمن على البائع؛ إذ لو أخَذه المُستحِقُّ بإقراره: لا يرجع بالثمن.

ومثلُه إثباتُ الوكالة أو الوِصاية، فلا يثبُت كونُ المُدَّعي وكيلا أو وصيًّا إلا بالدعوى على خصمٍ جاحِد[1].

(و)إلا (في الوصيِّ إذا علِم بالدَّين) وادُّعِي به عليه، فإن له الإنكارَ ليثبُت على الصغير؛ فإن إقرارَ الوصيِّ لا يُعتبَر مطلقًا، سواءٌ أقرَّ بالدَّين أو النسب، كما يُفهم من «الحانوتي».

---

(١) في هامش (خ): (قوله: على خصم جاحد، حتى لو دفع إليه المال لمجرد دعواه أنه وكيل أو وصي قبل الثبوت: فإنه يضمن، انتهى، «أبو السعود»).

ومثلُه: أحدُ الورَثة إذا ادَّعى عليه الدَّين، فإنه لو أقرَّ بالحقّ: يلزمه الكلُّ من حصَّته[1]، وإذا أنكَر فأُقيمت عليه البيِّنةُ: يلزمه الكلُّ من حصَّته وحصَّتِهم، وبعضهم يقول: إن في مسألة الإقرار يلزمه ما يخُصُّه من حصَّته[2].

(ذكَرهما في بُيوع «النوازل»).

[فائدة: بيِّنةُ ذي اليد أَولى من بيِّنة الخارج على النِّتاج، إلا في مسألتين]

(إذا أقامَ الخارجُ بيِّنةً على النِّتاج)، أي: الولادة، (في ملكِه)، أي: ملكِ بائعِه أو مُورِّثه، (وذُو اليدِ كذلك)، أي: أقام بيِّنةً على النِّتاج في ملكه: (قُدِّمت بيِّنةُ ذي اليد)؛ لأنها ترجَّحت باليد، وهو **الصحيح**. ولو برهَن أحدُهما على الملك المُطلَق، والآخَرُ على النِّتاج: فبيِّنةُ النِّتاج أَولى؛ لأنها مَبنيَّةٌ على أوَّليَّة الملك، فلا يثبُت الملكُ للآخَر إلا بالتلقِّي من جهته، وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجَين: فبيِّنةُ النِّتاج أَولى لما ذكرنا.

(هكذا)، أي: ككون بيِّنة ذي اليد على النتاج مع دعواه مُقدَّمةً، (أطلَق أصحابُ المتون. قلتُ: إلا في مسألتَين ذكرهما في «خزانة الأكمل» من دعوى النَّسَب[3]):

الأُولى: (لو كان النِّزاعُ) من خارج وذي يدٍ (في) دعوى (عبدٍ، فقال الخارجُ: إنه وُلِد في ملكي وأعتقتُه، وبرهَن، وقال ذو اليد: وُلد في ملكي فقط: قُدِّم على ذي اليد)، فالبيِّنةُ بيِّنةُ الخارج؛ لأن بيِّنَة الخارج مع العتق أثبَت أوَّليَّة الملك على وجهٍ لا

---

(١) في (خ) هنا زيادة قوله: (وحصتهم).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وبعضهم يقول... إلخ، أي: فالمسألة خلافية، فمنهم من يقول: إذا أقر الوارث بالدين: لا يلزمه الكل، بل بقدر ما يخصه بحسب إرثه، وبعضهم يقول: يلزمه الكل من حصته، انتهى).

(٣) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الدعوى، عتق (٣/ ٧٢٨).

يستحقُّ عليه أصلا، بخلاف بيِّنةِ الآخَر، (بخلاف ما إذا قال الخارجُ: دبَّرتُه أو كاتَبتُه، فإنه لا تُقدَّم) بيِّنةُ الخارج على بيِّنة ذي اليد؛ لأن بيِّنتَه أثبَتت عتقًا باتًّا، وبيِّنةُ ذي اليد أثبتت عتقًا غيرَ باتٍّ[١]، كما في «المحيط»، لكن في «الظهيرية» ما يُخالفه، حيث قال: التدبيرُ كالعتق، وبيِّنةُ الخارج مُقدَّمة.

«ولو ادَّعى ذو اليد التدبيرَ أو الاستيلادَ مع النِّتاج أيضًا، وادَّعى الخارجُ عتقًا باتًّا مع النِّتاج: فالخارج أولى»، «بحر»[٢].

(الثانية: لو قال الخارجُ: وُلد في ملكي، وهو ابني من أَمَتي هذه)، وقال ذو اليد: وُلد في ملكي، ولم يزِدْ على ذلك: (قُدِّم) بُرهانُ الخارج (على) بُرهان (ذي اليد)؛ لأن بيِّنتَه أكثرُ إثباتًا.

[فرع: يُقدَّم برهانُ ذي اليد على نسَب صغير، إلا في مسألتَين]

(إذا بَرهَن الخارجُ وذو اليد على نسَبِ صغيرٍ: قُدِّم ذو اليد، إلا في مسألتَين) ذكرها (في «الخزانة»):

(الأُولى: لو بَرهَن الخارجُ على أنه ابنُه من امرأتِه هذه، وهما)، أي: الرجل والمرأة، (حُرَّان، وأقام ذو اليد بيِّنةً على أنه ابنُه، ولم ينسُبه إلى أُمِّه: فهو للخارج)؛ لأن بيِّنتَه تُثبت زيادةً؛ لأنها تُثبت النسَب من الأب والأُمِّ جميعًا، بخلاف ذي اليد.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: لأن بينته... إلخ، هذا لا يناسب كلام المصنف، بل يناسب صورة أخرى، وهي ما إذا ادعى الخارج نتاجا وعتقا، وادعى ذو اليد تدبيرا ونتاجا: فإنه يقدم برهان الخارج؛ لأنه أثبت عتقا باتا، وبرهان ذي اليد أثبتت عتقا غير بات، والذي أضل الشارح ما وقع في «الحموي» و«أبي السعود»، والثلاثة لم يتأملوا حق التأمل، عفا الله عنهم).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى الرجلين (٧/ ٢٤٤).

(الثانية: لو كان ذو اليد ذميًا والخارجُ مُسلِمًا، فبرهَن الذِّمّيُّ بشُهودٍ من الكُفّار، وبَرهَن الخارجُ: قُدِّم الخارجُ، سواءٌ بَرهَن بـ)شُهودٍ (مُسلِمين أو كُفّار. ولو بَرهَن الكافرُ بمُسلِمين: قُدِّم على المُسلِم مطلقًا)، سواء كان ذا يدٍ أو خارجًا.

[فائدة: لا يُقدَّم المُسلِمُ على الكافر، ولا الكتابيُّ على المَجُوسيِّ، إلا في دعوى النسب]

(لا يُقدَّم المُسلِم على الكافر، ولا الكتابيُّ على المَجُوسيِّ في الدعاوى، إلا في دعوى النسَب)، فيُقدَّم المُسلِمُ بالشُّروط المُتقدِّمة، (كما في «خزانة الأكمل»[(١)]).

[فائدة: شهِدوا بأنه وارِثُ فلان من غير بيان سببِه]

(إذا شهِدوا له)، أي: للمُدَّعي، (بأنه وارِثُ فلان من غير بيان سببِه: لا تُقبل) «ما لم يُفسِّروا السببَ الذي يستحِقُّ به الميراثَ؛ للجهالة في المشهود به؛ لأن أسبابَ الإرث كثيرةٌ، وأحكامُها مختلفةٌ، كما إذا شهدوا بأنه مَولى الميِّت: لا تُقبل حتى يُفسِّروا أنه مَولَى العتقِ أو مَولى المُوَالاة، كما في «الخزانة»، ولو شهدوا بالنسَب: لا بد وأن يقولوا: ولا وارثَ له غيرُه، إذا كان ممن يُحجَب بغيره[(٢)]، وإن كان لا يُحجَب بغيره[(٣)]: لا يُشترط ذلك»، «بيري»[(٤)].

---

(١) عبارة «خزانة الأكمل»، كتاب الدعوى (٣/ ٧١٢): «صبي في يدي ذمي، شهد له ذميان أنه ابنه، وأقام مسلم شاهدين مسلمين أنه ابنه: قضيت به للمسلم، وكذا لو كان شهود المسلم من أهل الذمة...، ولو ادعاه يهودي ونصراني ومجوسي: قضيت لليهودي والنصراني. ولو كان دعواهم الملك: فكلهم سواء، وكذا المسلم معهم».

(٢) كالأخ، والجد، والجدة، كذا في هامش (خ).

(٣) كالأبوان، والولدان، والزوجان، كذا في هامش (خ).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٠٧).

وهذا بخلاف ما لو شهدوا بالدَّين أو ملكِ الغير: فإن الشهادة تُقبل وإن لم يُبيِّنوا السببَ؛ لأنه لا يختلف باختلاف سببِه، فلا يكون المشهودُ به مجهولا.

(إلا إذا شهِدوا بأن فلانًا القاضي قضى بأنه وارثُه[١]: فإنها تُقبل) بيِّنتُه، ويُقضى له بالإرث، (كما في «خزانة الأكمل» آخر الدَّعاوَى[٢])، «لكن ينبغي للقاضي أن يسألَ مُدَّعي الإرثِ [النسب الذي يدعي الميراث] ليَظهر له نَسَبُه[٣]؛ لاحتمال مَجيءِ وارثٍ آخرَ، [ولم يقض بنسَبِه بقوله]. وهذا السُّؤالُ ليس شرطًا لنَفاذ القضاء، بل لصيانة القضاء، وللنَّظر لمن يجيءُ بعدَه ويدَّعي الإرثَ، فإذا سأل يعرف القاضي أنه حاجبٌ للأوَّل أو محجوبٌ به»، «بيري»[٤] عن «المحيط».

[فرع: لا بد لشُهود القرابة أن يُبيِّنوا أنه لأبيه وأُمِّه أو أحدِهما، وأنه وارثٌ]

(إذا شهدوا له بقَرابة، بأنه أخوه أو عمُّه أو ابنُ عمِّه، لا بد أن يُبيِّنوا أنه لأبيه وأُمِّه، أو لأبيه، أو لأُمِّه، وأنه وارثُه)؛ «لأن جهاتهم مختلفة، ولا بد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحدٍ، وهكذا في الأخ والجد، «ظهيرية». وفي

---

(١) في هامش (خ): (قوله: قضى بأنه وارثه، أي: من غير بيان السبب، ومعلوم أن القضاء بالشهادة والشهادة بأنه وارث من غير سبب غير صحيحة، فحسن الاستثناء المذكور؛ لأن المستثنى من جنس المستثنى منه، وهو عدم بيان السبب، وتأمل لتعلم ما في «الحموي» و«أبي السعود»).

(٢) عبارة «خزانة الأكمل»، كتاب الدعوى، من «الزيادات»، نسب (٣/ ٧٥٣): «رجل مات، فادعى أنه وارثه، وأقام البينة أن فلانا القاضي جعله وارثا، لا وارث له غيره، ولم يبين النسب: فإن القاضي يقبل بذلك البينة، ويقضي له بالميراث، فهذا إمضاء لذلك القضاء. وينبغي للقاضي أن يسأل هذا المدعي النسب الذي يدعي الميراث له ليظهر له نسبه؛ لاحتمال مجيء وارث آخر، ولم يقض بنسبه بقوله».

(٣) في النسخ: (سببه)، والمثبت من «عمدة ذوي البصائر».

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٠٨).

«العمادية»: لا يُشترط في [هذا ذكرُ الأسماء. وقال شمس الأئمّة السرخسيُّ: في] الأخ [لا يُشتَرط] ذكرُ الجدِّ، انتهى»[١].

(إلا في الابن والبنت، وابنِ الابن، والأبِ والأُمِّ، كما في «الخزانة»[٢])، فإنه لا يلزمه البيانُ؛ لأنهم لا يُحجَبون بحالٍ.

«وهل يُشتَرط أن يقولوا في هؤلاء أنه وارثُه، ولا نعلم له وارثًا سواه؟ **الصحيح**: لا يُشترط، واحتمالُ عدمِ الإرث لمانعٍ، كالقتلِ والكُفر والرِّقِّ، أو كونِه ابنًا أو بنتًا من الرَّضاع: ليس بظاهر، فلا يُلتفَت إليه، وقولُ الشاهدَين: لا نَعلم له وارثًا غيرَه، ليس من صُلْب الشهادة، بل لإسقاط التلوُّم عن القاضي؛ إذ لو لم يقُولاه: يتلوَّم زمانًا»، كما في «تنوير الأذهان»[٣].

[مطلب: في بيان الحُجج المُعتبرة شرعًا]

(الحُجَّة)، أي: لا حُجَّة إلا بـ(بيِّنةٍ عادلة) وما عطف عليه، كما قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عليه الصلاةُ والسلام: «البيِّنةُ على المُدَّعي، اليمين على مَن أنكَر»[٤]. وأما القضاءُ بالنُّكول، فثابتٌ بالإجماع.

(أو إقرار، أو نُكولٍ عن يمين، أو يمين)، ظاهره: أن اليمين المُجرَّدة كافيةٌ[٥]، (أو

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٠٩).

(٢) قال البيري (٢/ ٢٠٩): «أقول: هذا اختصار مخل، ونص ما نقل عنه: ولو شهدوا أنه ابنه، أو ابنته، أو ابن ابنه، أو أمه: قبلت، أي: بلا بيان؛ لعدم اختلاف الجهة».

(٣) تنوير الأذهان والضمائر (ل/ ١٦٥/ أ).

(٤) رواه بهذا اللفظ البيهقي في «السنن الكبرى»، برقم (٢١٧٣٣).

(٥) في هامش (خ): (قوله: ظاهره... إلخ. عبارة شيخه أبي السعود: ظاهره أن اليمين بمجردها تكون حجة بدون انضمامها إلى شيء آخر، وليس كذلك، فليحرر، انتهت بحروفها. والذي يظهر لي أن =

قَسامة، أو علم القاضي بعد توليته، أو قرينةٍ قاطعة)، كما «لو خرَج رجلٌ من دار، ومعه سكِّينٌ مُلوَّثٌ بالدم، سريعُ الحركة، عليه أثرُ الخوف، فدخَلوا الدارَ في ذلك الوقت على الفور، ووَجدوا بها إنسانًا مذبوحًا في ذلك الحين، وهو مُتضمِّخٌ بدمائه، ولم يكن في الدار غيرُ ذلك الرجلِ الذي وُجِد بتلك الصفة، وهو خارجٌ من الدار: أنه يُؤاخَذ به؛ إذ لا يَمتري أحدٌ أنه قاتلُه، والقولُ بأنه ذبَح نفسه، وأن غير ذلك الرجل قتَله، ثم تسوَّر الحائطَ فذهَب: احتمالٌ بعيدٌ لم يُلتفَت إليه؛ إذ لم ينشَأْ عن دليل»[(١)]، انتهى.

(وقد أوضحَناه في «الشرح» من الدعوى)، وقد ذكَر فيه ما نقلناه، وقال: (إلا أن الفتوى على قول محمد المرجوعِ إليه أنه لا اعتبارَ) بالقضاء (بعلمِ القاضي مطلقًا)، حتى في الحدود والقصاص؛ لفساد القُضاة في زماننا. (وفي «جامع الفصولين»: «وعليه الفتوى»، «وعليه مشايخُنا»، كما في «البزازية» من المسائل المخمسة من الدعوى[(٢)]).

قال فيه: «ولو علم القاضي أن فلانًا غصَبه من زيدٍ، وأودَعه[(٣)] ذا اليد: أخذه من يده ودفَعه إلى زيد، وهذا روايةُ الأصول. وروى ابنُ سَماعة أن القاضي لا يقضي بعلمه»، ثم قال: «أقول: ينبغي أن يُفتَى به في غير كتاب القاضي إلى

= اليمين عند عجز المدعي عن البينة من طرق القضاء، وأنه إذا حلف المدعى عليه، وقضى القاضي بمنع المدعي عن دعواه بعد الحلف، ثم وجد المدعي بينة: له إقامتها، والحكم على المدعى عليه بثبوت الحق المشهود به).

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٥).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض، نوع في المخمسة (٥/ ٣٨٩).

(٣) في النسخ: (أو أودعه)، والمثبت من «جامع الفصولين».

القاضـي لمعنًى ظاهرٍ في أكثـر قُضاة زماننـا، أصلح اللهُ شـأنهم»[١].

وفيه من الفصل الأوَّل: «القاضي هل يكتُب بعلمه إلى القاضي؟ قال: هو كالقضاء بعلمه، غير أن القاضي هنا يكتفي بعلمٍ حصَل قبل القضاء بالإجماع»[٢]، انتهى.

بقي: «لو قضى عليه بالنُّكول[٣]، ثم أراد أن يَحلِف: لا يلتفت إليه»، «خانية»[٤].

والقضاء بالنُّكول لا يَمنع المَقضِيَّ عليه من إقامة البيِّنة بما يُبطِله، «منح».

وفي «الخانية»: «لو أن المُدَّعى عليه، بعد ما عرَض عليه اليمينَ مرَّتين: استَمْهَله ثلاثة أيام، ثم مضَت وقال: لا أحلِف، فإن القاضي لا يقضي عليه حتى ينكل ثلاثًا، ويَستقبِل عليه اليمين، ولا يُعتبَر نكولُه قبل الاستمهال»[٥].

[فائدة: القول قولُ الأب والزوجة في دعوى الإنفاق]

(القـولُ قـولُ الأب أنـه أنفَـق على ولـده الصغيـر مع اليميـن، ولو كانـت النفقةُ مفروضـةً بالقضـاء، أو بفـرض الأبِ، ولـو كذَّبَتـه)، أي: الأب، (الأُمُّ) فـي دعـواه الإنفـاقَ علـى ولـده، (كمـا فـي نفقـات «الخانيـة»[٦]، بخـلاف ما لـو ادَّعـى) الزوجُ (الإنفـاقَ علـى الزوجـة وأنكَـرت): فالقولُ لهـا، وقد مرَّ فـي قاعدة «اليقيـن لا يزول بالشـك»؛ لأن المسـألة الأُولى خرَجت عـن قاعدة «الأصلُ العـدمُ»؛ لمُعارَضة أصلٍ آخَر، وهـو ظاهـرُ الحال.

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى (١/ ٩٧).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٩).

(٣) أي: بعد أن عرض اليمين عليه ثلاثا، فأبى أن يحلف.

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، آخر باب اليمين (٢/ ٤٣٧).

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، باب اليمين (٢/ ٤٣٦).

(٦) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، فصل في نفقة الأولاد (١/ ٤٤٦).

(وعلى هذا)، أي: ما قرَّرناه من الفرق بين دعوى الإنفاقِ على الولد، وعلى الزوجة وإنكارهما، (يُمكن أن يُقال: المديونُ إذا ادَّعى الإيفاءَ: لا يُقبل قولُه) إذا أنكر الدائنُ، (إلا في مسألة)، وهي هذه: دعوى الأبِ الإنفاقَ على ولده الصغير، فإنه ادَّعى إيفاءَ النفقة والأمُّ تُنكِر، والقولُ قوله.

[مطلب: في وُجوه التنازُع في العين]

(إذا تنازَع رجلان في عين، ذكر العماديُّ أنها على ستَّةٍ وثلاثين وجهًا).

قال: اعلم أن الرجُلَين إذا ادَّعيا عَينًا، وبَرهَنا، فلا يخلُو: إما أن يدَّعِيا ملكًا مطلقًا أو إرثًا أو شِراءً؛ وكلُّ قسمٍ على ثلاثة: إما أن يكون المُدَّعى به في يد ثالثٍ، أو في يدِهما، أو في يد أحدهما؛ وكلُّ وجه على أربعة أقسام، لأنه: إما أن لا يُؤرِّخا، أو أرَّخا تاريخًا واحدًا، أو أرَّخا وتاريخُ أحدِهما أسبقُ، أو أرَّخ أحدُهما، وجملةُ ذلك ستَّةٌ وثلاثون فصلا.

(وقلتُ في «الشرح»: إنها على خمسِمائة واثنَي عشَر[1] فصلًا)؛ لأنهما إذا ادَّعيا، فإمَّا أن يدَّعيَا ملكًا مطلقًا، أو ملكًا بسببٍ مُتَّحِدٍ قابلٍ للتكرار، أو غيرَ قابل، أو مُختلِفٍ أحدُهما أقوى من الآخَر، أو مُستويان، من واحدٍ أو من مُتعدِّد، أو يدَّعي أحدُهما الملكَ المطلَقَ والآخَرُ الملكَ بسبب، أو أحدُهما مما يتكرَّر والآخرُ مما لا يتكرَّر، فهي تسعةٌ؛ وكلٌّ منهما إما يُبرهِنا، أو بَرهَن أحدُهما فقط، أو لا بُرهانَ لواحدٍ منهما، ولا مُرجِّحَ لأحدِهما، أو له مُرجِّحٌ، فهي أربعةٌ تُضرَب في تسعة، صارت ستًّا وثلاثين؛ وكلٌّ منها إما أن يكون المُدَّعَى في يدِ ثالثٍ، أو في يد أحدِهما، أو في يدِهما، فهي ثلاثةٌ تُضرَب في الستِّ والثلاثين، صارت مائةً وثمانية؛ وكلٌّ منها

(١) في هامش (خ): (قوله: على خمسمائة واثني عشر، هو غلط، كما يأتي بيانه).

على أربعة: إما أن لا يُؤرِّخا، أو أرَّخا واستوَيا، أو سبَق أحدُهما، أو أرَّخ أحدُهما، فصارت خمسَمائة واثنَي عشر[(١)]»[(٢)]، انتهى.

«فإن ادَّعيا ملكًا مطلقًا، والعينُ في يدِ ثالثٍ، ولم يُؤرِّخا[(٣)]، أو أرَّخا تاريخًا واحدًا وبرهَنا: يُقضَى لهما؛ لاستوائهما [في الحجَّة]. وإن أرَّخا، وسبَق تاريخُ أحدِهما: فهو للأسبق[(٤)]. ولو أرَّخ أحدُهما، لا الآخرُ: فعند أبي حنيفة: لا عبرة بالتاريخ، ويُقضى بينهما نصفَين[(٥)]، وعند أبي يوسف: للمُؤرِّخ[(٦)]، وعند محمد: لمن أطلَق[(٧)].

وإن كان المدعى في يد أحدِهما: فكذلك الجوابُ؛ لأنه لم يَترجَّح أحدُهما على الآخر باليد.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: فصارت خمسمائة. لا يخفى أن ضرب المائة في أربعة بأربعمائة، وضرب الثمانية في أربعة باثنين وثلاثين، وحينئذ فكان الصواب أن يقول: فصارت أربعمائة واثنين وثلاثين، وقد تبع «البحر»، وهو غلط، انتهى).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى الرجلين (٧/ ٢٣٥).

(٣) في هامش (خ): (قوله: ولم يؤرخا، أي: لم يذكرا تاريخا في دعواهما، بقرينة قوله: وبرهنا، أي: على دعواهما المذكورة، انتهى).

(٤) لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى بالملك له، ثم لا يقضى بعده لغيره، إلا إذا تلقى الملك منه، كذا في «جامع الفصولين».

(٥) لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم ملكه؛ لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه، ويحتمل أن يكون متأخرا، فجعل مقارنا رعاية للاحتمالين، «جامع الفصولين».

(٦) لأنه أثبت لنفسه الملك في ذلك الوقف يقينا، ومن لم يؤرخ يثبت للحال يقينا، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك، فلا يعارضه، «جامع الفصولين».

(٧) لأن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل، ودعوى المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ، ولذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، وتستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة، فكان المطلق أسبق تاريخا، فكان أولى، «جامع الفصولين».

وإن كان في يد أحدِهما، فإن أرَّخا سواءً أو لم يُؤرِّخا: فهو للخارج[١]، وإن أرَّخا، وأحدُهما أسبقُ: فهو لأسبَقِهما، وعند محمد: للخارج[٢]. وعلى هذا، لو كانت الدارُ في أيديهما: فصاحبُ الوقت الأوَّل أولَى عندهما[٣]، وعنده: يكون بينهما. وإن أرَّخ أحدُهما لا الآخرُ: فعند أبي يوسف: يُقضَى للمُؤرِّخ[٤]، وعند أبي حنيفة: يُقضَى للخارج، ولا عبرة بالوقت[٥].

وإن ادَّعى كلٌّ منهما الإرثَ من أبيه، فإن كانت العينُ في يد ثالثٍ، ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا سواءً: فهي بينهما[٦]. وإن أرَّخا، وأحدُهما أسبقُ: فهي للأسبق، وعند محمد: لا عبرة بالتاريخ في الإرث، فهو بينهما[٧].

---

(١) لأن بينته أكثر إثباتا، «جامع الفصولين».

(٢) لأن البينتين قامتا على مطلق الملك، ولم يتعرضا لجهة الملك، فاستوى التقدم والتأخر، فيقضى للخارج، «جامع الفصولين».

(٣) لهما: أن البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت، فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي منه، فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج، على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله، وبينته على الدفع مقبولة، «جامع الفصولين».

(٤) لأن بينته أقدم من المطلق.

(٥) لأن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا كانت متضمنة معنى الدفع، وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته؛ لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم، فإذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع: فلا تقبل مع الشك والاحتمال.

(٦) لاستوائهما في الحجة.

(٧) وإن سبق تاريخ أحدهما؛ لأنهما لا يدعيان الملك لأنفسهما ابتداء، بل لمورثهما، ثم يجرانه إلى أنفسهما، ولا تاريخ لملك المورثين، فصار كما لو حضر المورثان، وبرهنا على الملك المطلق، حتى لو كان لملك المورثين تاريخ: يقضى لأسبقهما.

وإن كانت العين في يديهما فكذلك الجواب.

وإن كانت في يد أحدِهما، وأرَّخا سواءً أو لم يُؤرِّخا: يُقضى للخارج. وإن أرَّخا، وأحدُهما أسبقُ: فهي للأسبق، وعند محمد: للخارج[١]. وإن أرَّخ أحدُهما، لا الآخرُ: فهي للخارج إجماعًا.

وإن ادَّعيَا الشِّراءَ من واحد، ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا سواءً: فهو بينهما[٢]. وإن أرَّخا، وأحدُهما أسبقُ: يُقضَى للأسبق اتفاقًا، بخلاف ما لو ادَّعيَا الشِّراءَ من رجُلَين، فيكون بينهما وإن أرَّخا؛ لأنهما يُثبتان الملكَ لبائعِهما، ولا تاريخَ لملكِ البائعِين، فتاريخُه لملكه لا يُعتدُّ به[٣]، انتهى.

وإن أرَّخ أحدُهما، لا الآخرُ: فهو للمُؤرِّخ اتفاقًا[٤]، بخلاف ما إذا ادَّعيَا الشِّراءَ من رجُلَين، ووقَّت أحدُهما، لا الآخرُ: فهو بينهما[٥]. وإن كانت العينُ في أيديهما: فهي بينهما، إلا إذا أرَّخا وأحدُهما أسبق[٦]. وإن كان في يد أحدِهما: فهي لذي اليد،

---

(١) لأنه لا عبرة للتاريخ هنا.

(٢) لاستوائهما في الحجة.

(٣) وصار كأنهما حضرا، وبرهنا على الملك بلا تاريخ، فيكون بينهما. أما هنا، فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل، وإنما اختلفا في التلقي منه، وهذا الرجل أثبت التلقي لنفسه في ووقت لا ينازعه فيه صاحبه، فيقضى له به، ثم لا يقضى به لغيره إلا إذا تلقى منه.

(٤) لأنه أثبت شراءه لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى له به، حتى يتبين شراء غيره عليه.

(٥) لأن كل واحد منهما ثمة خصم عن بائعه في إثبات الملك له، وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه، ولعل ملك البائع الآخر أسبق، فلهذا قضينا بينهما، وهنا اتفقا على أن الملك لبائع واحد، فاحتاج كل منهما إلى إثبات سبب الانتقال إليه، لا إلى إثبات الملك للبائع، وسبب الملك في حق من وقت شهوده أسبق، فكان هو بالمدعى أحق.

(٦) فحينئذ يقضى لأسبقهما.

سواء أرَّخا أو لم يُؤرِّخا، إلا إذ أرَّخا وتاريخُ الخارج أسبقُ، فيُقضى له.

ولو بَرهَن الخارجُ وذو اليد على النكاح بلا تاريخ: فهو لذي اليد، ولو بَرهَنا على النِّتاج يُقضَى لذي اليد، وكذا لو ادَّعى ذو اليد نتاجًا، والخارجُ ملكًا مطلقًا، وهذا إذا لم يُؤرِّخا، فلو أرَّخا: حُكِم لذي اليد أيضًا، إلا إذا خالَف سِنُّه لوقتِ ذي اليد ووافَق لوقت الخارج[1]، ولو خالف سِنُّه الوقتَين: لغَتْ البيِّنتان[2]، ولو أشكَل سِنُّه: فهو لهما إن كان في يد ثالث، وإلا يُقضَى به لذي اليد.

ولو ادَّعى الخارجُ فعلًا، كالغصب والإجارة والإعارة، وادَّعى ذو اليد النِّتاجَ: فهو للخارج، وإن بَرهَن كلٌّ من الخارج وذو اليد على أنه وُلد في ملكِ بائعِه: حُكِم به لذي اليد. هذا لو ادَّعيَا الملك بنِتاج.

فلو ادَّعيَا الملكَ بسبب، كشِراءٍ أو إرثٍ أو هبة ونحوها، فلا يخلُو: إما أن يدَّعيَا تلقِّيَ الملكِ من جهةِ واحدٍ[3] أو من جهةِ اثنين، فلو ادَّعيَا من جهة واحدٍ[4]، وبَرهَنا: حُكِم لذي اليد لو لم يُؤرِّخا أو أرَّخا سواءً، فلو سبَق تاريخُ أحدِهما: فهو له، ولو أرَّخ أحدُهما: فذو اليد أَولى، ولو كان المَبيعُ في يدِ بائعِه، ولأحدِهما تاريخٌ: فهو أَولى، إلا إذا شهِدا على مُعايَنة القبض، ولو شهدا بإقرار البائع بالقبض[5]: فذو التاريخ أولى. هذا إذا كان المبيعُ في يد البائع، وإلا فذو اليد أَولى.

---

(١) فحينئذ يحكم للخارج.

(٢) ويترك في يد ذي اليد.

(٣) كذا في «جامع الفصولين». وفي النسخ: (واحدة).

(٤) في النسخ: (واحدة).

(٥) كذا في «جامع الفصولين». وفي النسخ: (القبض). وفي هامش (خ): (قوله: بإقرار البائع القبض، لم أفهمه، ولعله مختل، انتهى). وهو كما قال.

ولو ادَّعيَا إرثًا من واحدٍ: فذو اليد أَولى، إلا إذا سبق تاريخُ الخارج، ولو من اثنين[(١)]: فللخارج، إلا إذا سبق تاريخُ ذي اليد.

ولو ادَّعى أحدُهما الشِّراءَ من زيد، والآخَرُ الرَّهنَ منه، ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا سواءً: فالشِّراءُ أَولى. ولو أرَّخ أحدُهما: فهو أولى، وكذا الأسبقُ تاريخًا، هذا إذا كانت العينُ في يدِ ثالث، ولو في يد أحدِهما: فذو اليد أَولى، إلا إذا سبق تاريخُ الخارج.

ولو ادَّعى أحدُهما الهبةَ منه، والآخَرُ الشِّراءَ، أرَّخا سواءً أو لم يُؤرِّخا: فالشراء أولى، وكذا جميعُ ما في الرهن. ولو اجتمعت الهبتان: فحكمُه حكمُ ما اجتمع الشِّراءان، والحكمُ فيه أنهما لو بَرهَنا على الشِّراء، ولم يُؤرِّخا أو أرَّخا سواء: فهو بينهما إذا كانت العينُ في يد ثالث، ولو في يد أحدِهما: فهو كدعوى الخارج مع ذي اليد»، كذا في «جامع الفصولين» مُلخَّصًا[(٢)]، وفيه أقوالٌ أُخَر، فليُراجَعْ، «منح».

[فائدة: التصديق إقرارٌ إلا في الحدود]

(التصديق إقرارٌ إلا في الحُدود، كما في «الشرح» من دعوى الرجُلَين[(٣)]).

«فلو قال: لي عليك ألفٌ، فقال: صدَقت، يكون إقرارًا؛ لأنه للتصديق عُرفًا، يعني: إذا لم يكُن على وجه الاستهزاء، ويُعرَف بالنَّغمة»، «بيري»[(٤)].

ولو قال حين سُؤاله عن الشُّهود: صدَقُوا، فهو إقرارٌ[(٥)].

---

(١) أي: ولو ادعيا إرثا من اثنين.

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الثامن في دعوى الخارج مع ذي اليد (١/ ٧٦ ـ ٨٠).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى الرجلين (٧/ ٢٣٧).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٠).

(٥) «كما في «خزانة الأكمل»». «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٠).

ولو رمَاها بالزِّنا، فقالت: صدقتَ، لا تُحَدُّ. ولو أقرَّت أربعَ مرَّاتٍ أنه زنى بها، وكذَّبَها الرجلُ: لا يُحَدُّ عنده ولا عندهما. [ولو قال الرجل: صدقتِ، حُدَّت المرأةُ]، ولا يُحَدُّ الرجل؛ لأنه أقرَّ مرَّةً، «مبتغى»[١].

قال البيري: «مفهومُه: أنه لو تكرَّر التصديقُ أربعًا: حُدَّ، والمنقولُ خلافُه»[٢].

ولو قال لرجل: يا زاني، فقال[٣]: صدقتَ، حُدَّ المُبتدِئُ، لا المُصدِّق، ولو قال: صدقتَ هو كما قُلتَ، فهو قاذفٌ أيضًا؛ للعُموم في كافِ التشبيه، لا للتصديق. والفرق: أن التصديق إقرارٌ غيرُ قصديٍّ، ومن ثمَّة لم يُعتبَر في وجوب الحد، ويعتبر في دَرْئِه، فيندفِع به اللِّعان[٤].

«ولو قال له: أعطِ ثوبَ عبدي أو غلَّتَه، فقال: نعم، فهو إقرارٌ بالعين له»، «بيري»[٥].

[فائدة: لا يُقضَى بالقرينة إلا في مسائل]

(لا يُقضَى بالقرينة إلا في مسائلَ ذكرتُها في «الشرح» من باب التحالُف[٦]).

«من ذلك ما في «الملتقط» من الهبة: إذا قام[٧] الدليلُ في هدايا الوليمة والختان على

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٠).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٠).

(٣) أي: آخرُ.

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب دعوى الرجلين (٧/ ٢٣٧).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٠).

(٦) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الدعوى، باب التحالف (٧/ ٢٢٧). قال: «اعلم أن أصحابنا عملوا بالظاهر في مسائل... إلخ».

(٧) كذا في النسخ. وفي «البيري»: (أقام).

تعيين المُهدَى إليه: يُعمَل به. ولو دفع لابنه مالا ليتصرَّف فيه الابنُ: يكون للأب، إلا إذا قامت قرينةُ التمليك»، كما في «البيري»[١].

[فائدة: القاضي إذا كتب السِّجِلَّ: يَجعل كلَّ ذي حُجَّةٍ على حُجَّته، إلا في خمس]

(القاضي إذا حكَم في شيء، وكتب السِّجِلَّ: يَجعل) القاضي، أي: يكتُب فيه: وجعَلتُ (كلَّ ذي حُجَّةٍ على حُجَّته إذا كانت له، وخمسٌ من السِّجِلَّات لا يَجعل القاضي)، أي: لا يكتب فيها: وجعَلتُ (كلُّ ذي حُجَّة على حُجَّته: النسَب، والحكم بشهادة القابلة، وفسخ النكاح بالعُنَّة، وفسخ البيع بالإباق، وتفسيق الشاهد)؛ لعدم الفائدة؛ إذ لا يُتصوَّر بعد الحكم فيها إقامةُ حجَّةٍ تدفعُ الحكمَ فيها[٢].

قال في «جامع الفصولين» بعد بيان أن الدفع كما يكون قبل الحكم يكون بعده: «ودليلُ صحَّة هذا أن القُضاة يكتُبون في سِجِلَّاتِهم بعد ذِكْر الحُكم: وتركتُ كلَّ ذي حقٍّ، ودفع على حُجَّته ودفعه لو أتى به يومًا من الدهر، فلو لم يجُزْ الدفع بعد الحكم: لغَتْ كتابةُ هذا»[٣]، انتهى.

(كذا في «الخلاصة» من كتاب المَحاضِر والسِّجِلَّات). قال فيها: «يحتاج كاتبُ السِّجِلِّ إلى تاريخِ اليوم والشهر في المَحاضِر والسِّجِلَّات، وكذا المجلس وذكر الشاهدَين بالعدالة والضبط، ويذكُر اسمَهما ونسَبَهما، وجعَل كلَّ ذي حُجَّة على حُجَّته، أي: ويذكُر: وجعل كل ذي حُجَّة على حُجَّته إذا كانت له، وخمس

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١١).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٢/ ٤٤٣).

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل العاشر في التناقض في الدعاوى وفي دعاوى الدفع (١/ ١١٣).

من السِّجِلَّات لا يكتُب فيها: وجعَل كلَّ ذي حُجَّة على حُجَّته: النسب... إلخ»[١] ما ذكره المُصنِّف، انتهى.

وإنما لا يكتُب ذلك «لأن القضاء بالنسَب قضاءٌ على الكافَّة، فلا تُسمع دعوى أحدٍ فيه بعد ثبوته، فلا تُفيد الكتابةُ. وأما البواقي، فلعدم تصوُّر الدفع والنقض فيها، فلا تُفيد الكتابةُ أيضًا.

إذا علِمتَ عبارة «الخلاصة»: فلا معنى لما قاله بعضُهم في شرح قول المُصنِّف: وجعَل كلَّ ذي حُجَّة على حُجَّته، أي: فلا ينقُض، أو فلا يَستأنِف قاضٍ آخرُ إقامةَ البيِّنة»، انتهى، كذا حرَّره الحمَوي[٢]، والله سبحانه أعلم.

***

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب المحاضرات، السجلات (٤/ ١٣٨).

(٢) «غمز العيون» (٢/ ٤٤٤). وقال: «هذا وقد سلك المصنف رحمه الله تعالى في نقل عبارة «الخلاصة» في غاية الإيجاز، حتى التحقت في الخفاء بالألغاز، فمن ثم عسر على الفضلاء فهمها، فكثر منهم السؤال، وانتشر القيل والقال، حتى كشف الله لنا عن حقيقة الحال، بعد نحو خمسة عشر سنة من حين السؤال».

وقال البيري (٢/ ٢١١): «ولم أر من تعرض للفرق بعد التتبع التام، ولعل الفتاح يفتح ذلك. ثم فهمت من قول المؤلف: يجعل كل ذي حجة على حجته إذا كانت له، أن المحكوم عليه هنا ليس السجل، حتى يكون حجة له. ثم رأيت في آخر باب الاستحقاق من «الخلاصة» ما نصه: المستحق عليه إذا أراد أن يجبر المستحق على إعطاء السجل: ليس له ذلك؛ لأن كتب السجل لم يتعين لإحياء حقه؛ لأنه يمكنه إقامة البينة على البائع بدون السجل، انتهى. أقول: ووجهه ظاهر فيما بقي من المسائل».

(كتاب الوكالة)

بفتح الواوِ وكَسْرِها، اسمٌ للتوكيل، وهو تفويضُ الأمر إلى غيره اعتمادًا عليه ترفُّهًا أو عَجْزًا عنه. والوكيل: هو القائمُ بما فُوِّض إليه، فَعِيلٌ بمعنى مفعول؛ لأنه موكولٌ إليه الأمرُ.

ومُناسبتُه لما قبله من القضاء والشهادة والدعوى ظاهرةٌ؛ إذ هي من مُتعلِّقاته.

وثبوتُها بالكتاب والسُّنَّة والإجماع، قال: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩]، وشرعُ مَن قبلَنا شرعٌ لنا إذا لم يظهَرْ نسخُه، ووكَّل رسولُ الله ﷺ حكيمَ بنَ حِزام بشِراء أُضحيةٍ[1]، وانعقد عليه الإجماعُ.

وهو خاصٌّ وعامٌّ، والأوَّل ظاهرٌ، والثاني كقوله: ما صنَعت من شيء فأنت وكيلي، أو في كلِّ شيء، فله طلاقُ زوجتِه على ما أفتى به الصدرُ الشهيد، وأفتى قاضي خان بعدم صحَّته.

والتوكيلُ اصطلاحًا: إقامةُ الغير مقامَ نفسِه في تصرُّفٍ جائزٍ معلومٍ، فلو لم يكُن معلومًا: ثبت[2] أدنى التصرُّفات، وهو الحفظُ فيما إذا قال: وكَّلتُكَ بمالي.

ويُشترط أن يكون ممَّن يَملِكه، فلا يجوز توكيلُ صبيٍّ ومجنون لا يعقل.

---

(١) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب البيوع، باب المضارب يخالف، برقم (٣٣٨٦).

(٢) في (خ): (ما ثبت).

وتوكيلُ صبيٍّ يَعقِل بنحوِ طلاق، وعتقٍ، وهبة، وصدقة: توقَّف على إجازة وليِّه.

والعبد المحجورُ لا يصحُّ توكيلُه، ولو مأذونًا: صحَّ.

ولو ارتدَّ الموكِّلُ: توقَّف، فإن أسلَم: نفَذ، وإلا فلا.

ويصحُّ التوكيلُ بكلِّ ما يُباشِره بنفسه.

[ضابط: في بيان الأصل في تصرُّفات الوكيل]

(**الأصلُ**) لتصرُّفات الوكيل (**أن المُوكِّل إذا قيَّد**)، أي: شرَط، (**على وكيلِه شرطًا**) يُنظَر، (**فإن كان ذلك**) القيدُ (**مُفيدًا**) من كلِّ وجهٍ: (**اعتُبِر مطلقًا**)، أي: يجب على الوكيل مُراعَاةُ شرطِه، أكَّد بالنفي أو لا، (**وإلا**)، بأن لم يكُنْ مُفيدًا من كلِّ وجه: (**لا**) يُعتبَر، ولا يجب مُراعَاتُه، (**وإن كان**) ذلك القيدُ (**مُفيدًا من وجهٍ، ضارًّا من وجهٍ، فإن أكَّده**) المُوكِّل (**بالنفي**)، أي: النهي، (**اعتُبِر، وإلا**) يُؤكِّدْه: (**لا يُعتبَر**).

[فروع الضابط السابق]

(**وعليه**)، أي: على هذا الأصل، يتفرَّع (**فروعٌ**):

(**منها**): لو قال: (**بِعْه بخيارٍ، فباعَه**) الوكيلُ (**بغيره**)، أي: بغير خيار: (**لم ينفُذ؛ لأنه**)، أي: قيد «بخيار»، (**مُفيدٌ**) من كلِّ وجه؛ لتمكُّنه من الفسخ، ولا يُزيل ملكَه للحال، وهذا مثالُ الأوَّل، ومثلُه لو قال: (**بِعْه من فلان، فباعَه من غيره، كذلك**)، أي: لا ينفُذ لأنه مُفيد؛ لأن المقصود تحصيلُ الثمن، والناس يَتفاوَتُون فيه، فكان مُفيدًا من كلِّ وجه، كما في «المبسوط»[1] و«الولوالجية»[2].

---

(١) انظر: «المبسوط»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالقيام على الدار وقبض الغلة (١٩/ ٣٧).

(٢) الذي في «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوكالة، الفصل الأول فيما يجوز التوكيل (٤/ ٣٢٩): «لو قال: بعه من فلان، فباعه من غيره: جاز؛ لأن قوله:... من فلان، مشورة منه، كما لو دفع =

لكن في «البزازية» وغيرها: «لو قال: بِعْه من فلان، فباعَه من غيره: جاز»[١].

قال ابن الشحنة: «وأنت إذا تأمَّلتَ فيما ذكَروا من الأصل: رأَيتَ أن مَن قال بالجواز: رأى أن هذا مُفيدٌ من وجه فقط، ولم يُوجَد التأكيدُ بالنفي، ومن قال: لا يجوز بيعُه من غيره، رآه مفيدًا من كلِّ وجه»[٢]، انتهى.

لكن في «خزانة الأكمل» أن الجواز قولُ الإمام، وعدمَه قولُهما[٣].

(وهما)، أي: هاتان المسألتان، مذكورتان (في «المحيط»).

ومنه: ما «لو قال للمُودَع: احفَظْ هذه في هذه الدار، لا تجعلْه في غيرها؛ لأنه مُفيدٌ؛ إذ الدُّور تتفاوت في الحِرْز. ولو قال: احفَظْها في هذه الدار، فهو مُفيد من وجه دون وجه، فإن أكَّده بالنفي: اعتُبِر، وإلا فلا، ولو قال: احفَظْها في هذا الصندوق، لا يجب مُراعاتُه مطلقًا»، كذا في «تنوير الأذهان»[٤] مُعزِيًا لـ«المحيط الرضوي».

(ومن هذا النوع)، أي: من قَبيل إفادةِ القيد من كلِّ وجهٍ وعدمِها، (ما لو قال: بِعْه بكفيلٍ)، أو بِعْه وخُذْ كفيلا، فباع بغيره: لم يجُزْ، أو قال: (بعْه برَهْن)، أو خُذْ رهنًا، فباعه بغيره: لا يجوز، أو قال: (بِعْه بنَقْدٍ)، فباعه بغيره: لا يجوز.

= ماله مضاربة». وقال في كتاب المضاربة، الفصل الأول فيما تجوز المضاربة (٥/ ١٠٤): «لو كان مفيدا، بأن وكله ببيع عبده من فلان، فباعه من غيره: لم يجز؛ لأن المقصود تحصيل الثمن، والناس يتفاوتون فيه، فكان مفيدا».

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع (٥/ ٤٧٥).

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوكالة (١/ ٣٣٤).

(٣) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوكالة، بيع (٤/ ٢١٧).

(٤) انظر: «تنوير الأذهان» (ل/ ١٦٧/ أ).

«والقـولُ فيهـا قولُ الآمـر؛ لأن الأمر يُسـتفاد من جهتـه»، «خانية»[١].

(بخلاف: بِعْه نسيئةً، له بيعُه نقدًا)؛ لأنه لا يُفيد، فيكون من القسم الثاني، قال ابنُ الشِّحنة[٢]: «ظاهرُه: أنه لا فرقَ بين أن يبيعه بالنقد بمثل ما يُباع بالنسيئة أو لا، وهو كذلك على ما رجَّحه في «المُضمَرات» بأن عليه الفتوى»[٣].

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: «بِعْه إلى أجلٍ، فباعَه بالنقد، قال شمس الأئمة السرخسي: الأصحُّ عدمُ الجواز مطلقًا»[٤]، انتهى.

وبه يُرَدُّ على ما في «خزانة الأكمل»: «قال: بِعْه بنَقْد إلى أجَل، فباعه بدراهمَ حالَّةٍ: لا يجوز في القياس، وهو قولُ محمد»[٥]، انتهى.

(ولو قال: لا تَبِعْه إلا بنسيئة، له بيعُه نقدًا). فيه: أن بيعَ النسيئة نافعٌ من وجه، وهو زيادةُ الثمن، ضارٌّ من وجه، وهو احتمالُ التَّوَى، وقد أكَّده بالنفي، فعلى قياس ما مرَّ أنه يُعتبر القيد، وليس له المُخالفة، تأمَّل.

(قـال لـه: بِعْه بسُـوقِ كـذا، فباعَه في غيـره: نفَذ). وهـذا إنما يظهر إذا اسـتوى السُّـوقان، وأما إذا اختلفـا: فالقيدُ يفيد[٦].

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل في البيع والشراء (٣/ ٢٥).

(٢) كذا في النسخ، ولعل صوابه: الحموي؛ فإن الكلام المنقول في «غمز العيون» بنصه، وليس في «شرح المنظومة الوهبانية».

(٣) انظر: «جامع المضمرات»، كتاب الوكالة (٣/ ٢٥٤).

(٤) «غمز عيون البصائر» (٣/ ٧). وانظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع (٥/ ٤٧٦).

(٥) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوكالة، بيع (٤/ ٢١٨).

(٦) إذ تفاوت الأسواق بكثرة الرغبة وقلتها مشاهد معلوم، «حموي» (٣/ ٧).

قال: (لا تَبِعْه إلا في سُوق كذا، لا ينفُذ) بيعُه في غيره؛ «لأنه مُفيدٌ من وجه دون وجه، وأَكَّد بالنفي»، «بيري»[(١)].

(ونظيرُه) من جهة التأكيد بالنفي وعدمِه: (بِعْه بشُهود)، فباع ولم يُشهِدْ: جاز.

(لا تَبِعْه إلا بشُهود)، فباع ولم يُشهِد، لا يجوز؛ لأن الإشهاد شرطٌ مُفيدٌ من وجه، يَنفعُه إذا جحَد المشتري، وغيرُ مفيد من وجه إذا لم يجحَد، فيلزم الشرطُ إذا أَكَّد، وإلا لا.

«وكذا لو قال: ادفَعْ بشُهود أو حضرة فلان، فدفَعه بغير حضرته أو بغير شُهود: لا يضمن. ولو قال: لا تدفَعْ إلا بحضرته أو شُهود، فخالَف: يضمن، قالوا: هذا إذا كان رجلا رفيعَ القدر مُحتشَمًا بين الناس، تُعتبر مخالفتُه، وإن كان وَضِيعًا: لا يصير مُخالفًا؛ لأنه شرَط شرطًا لا يُفيد، فلا يجب على المأمور مُراعاتُه، ولو أَكَّده بالنفي، كما لو قال: لا تبعْ إلا بألف أو إلا بالنسيئة، فباع بألفَين أو بالنقد، جاز»، كذا في «الخانية»[(٢)].

«ولو ادَّعى الوكيلُ الإشهادَ، وكذَّبه المُوكِّل: فالقولُ للوكيل؛ لدعواه الخُروجَ عن العُهدة»، «بزازية»[(٣)].

إذا علِمتَ ذلك: (فلا مُخالَفَةَ) للوكيل (مع النَّهي) في الصُّوَر المُتقدِّمة حتى

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٥).

(٢) لم أجده في «فتاوى قاضي خان». وقد ذكره الحموي بنصه في «غمز العيون» (٣/ ٥ ـ ٦) عن «المحيط».

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الثالث فيها بقبض الدين (٥/ ٤٧٠).

يَترتَّب عليه الضمانُ (إلا في قوله: لا تَبِعْه إلا بالنِّسيئة)، فباعَه بغيره، فإنه يجوز؛ لعدم الفائدة مطلقًا[١]، فيكون من القسم الثالث.

(و)إلا (في قوله: لا تُسلِّمْ المبيعَ حتى تَقبَض الثمنَ، كما في «الصغرى»، فله المُخالفةُ) في هاتَين المسألتَين، فله أن يُسلِّم المبيعَ وإن لم يَقبِض الثمنَ، قال في «الوجيز»: إن هذا قولُ محمد، وقال أبو يوسف: ليس له أن يُسلِّمَه حتى يَقبِض، وإن خالَف ضمِن.

(بخلاف) ما لو قال: (لا تَبِعْ هذا) العبدَ مثلا، (حتى تَقبَض الثمنَ)، فباعَه ولم يَقبِض: كان البيعُ باطلا، حتى يَستَرِدَّ المبيعَ من المشتري ثم يَبيع، «حموي»[٢].

وفي «البيري»: «معناه: أن البيع باطلٌ إن خالَف»[٣]، انتهى. ومُقتضاه: أنه لا يُشتَرط في صحَّة البيع استردادُه وبيعُه مرَّةً أُخرى، بل ينقلِب صحيحًا بمُجرَّد قبضِ الثمن.

والفرقُ بين مسألتي القبض والتسليم ما بيَّنه بقوله: (لأن التسليمَ) للمبيع (من الحقوق)، أي: من حقوق البيع، (وهي)، أي: الحقوق، (راجعةٌ إلى الوكيل، فلا يَملِك) المُوكِّلُ (النهيَ) عنها، ومفهومُه: أن قبض الثمن ليس من الحقوق التي تَرجع إلى الوكيل، مع أنَّها منها، كما ذُكر في بابه.

قال في «التنوير» وغيره: «فيُسلِّمُ المبيعَ ويتسلَّم، ويَقبِض الثمنَ، ويُطالِبُ به، ويَرجع به عند الاستحقاق، ويُخاصِم في العيب»، ثم قال: «وللمُشتري منعُ الثمن

---

(١) لأنه لو باع نسيئة كان للمشتري أن يعجل بالثمن، فيصير نقدا، وليس للبائع الامتناع عن قبوله، فلا يفيد تقييده، كذا في «البيري» عن «الولوالجية».

(٢) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٨).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٧).

عن المُوكِّل، فإن دفعه إليه: صحّ، ولا يُطالِب به الوكيلُ ثانيًا»[١]، فجعل القبضَ كالتسليم من الحُقوق التي ترجع إلى الوكيل، تأمّل.

[فائدة: الوكيل بالبيع يملك البيعَ النافذَ والموقوف]

(الوكيلُ) بالبيع (يَملِك) البيعَ (الموقوفَ، كـ)ما يملك البيعَ (النافذَ)؛ لأنه بعضُ ما وكَّله به، فيَملكه كما يملك كلَّه، (ولا يُنهِيها)، أي: لا يُنهِي العقدُ الموقوفُ الوكالةَ، فلا يخرُج به عن الوكالة؛ لأنها لا تبطُل إلا بإبطالها أو انتهائها، وإبطالُها بالعَزْل ونحوه، وانتهاؤُها بتحصيل ما وُكِّل به، ولم يُوجَد واحدٌ منهما. أما العزلُ، فظاهرٌ. وأما الامتثالُ، فلأنَّ **المقصود من العُقود أحكامُها، لا ذوَاتُها**، والموقوفُ لا يُفيد حكمَه، فلم يحصُل الامتثالُ.

فإذا لم يحصُل الامتثالُ بقي على وكالته، ولهذا يملك فسخَه قبل الإجازة؛ لأن الوكالة ما دامت قائمةً فالوكيلُ قائمٌ مقامَ المُوكِّل، وذلك كما لو وكَّل رجلا أن يُزوِّجه امرأةً غائبة، وقبِل عنها فُضوليٌّ، ثم نقَض العقدَ قبل إجازتِها: صحَّ نقضُه؛ لقيامه مقامَ المُوكِّل. ثم لا يُشترَط لصحَّة نقض الوكيلِ حضورُ مُوكِّله، ولا حضورُ المرأة الغائبة، بخلاف المشروطِ له الخيارُ، حيث لا يُمكنه نقضُ البيع في مُدَّة الخيار إلا بحضرة صاحبِه.

والفرقُ: أن العقد الموقوفَ في النكاح لا يَظهر في حقِّ الغائب أصلا، ولا ضرَرَ عليه، فلا يُشترَط حضرتُه، بخلاف النقض في البيع؛ لأنه تصرُّفٌ في حقِّ الغير، وهو رفعُ العقد؛ لأنه نافذٌ في حقِّ من لا خيارَ له، فلا بد من حضرته كَيْلا يَلحَقه الضررُ

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الوكالة (ص ٤٩٩).

بغَيبته[١]، كذا في «شرح تلخيص الجامع»[٢]، وهذا ما أشار إليه بقوله: (وتمامُه في نكاح «الجامع الكبير»).

[فائدة: الوكيل مُصدَّقٌ في براءته دون رُجوعه]

(الوكيلُ مُصدَّقٌ في براءته دون رُجوعه)، «فلو أمَر المستأجِرَ بالعِمارة، فزعَم أنه عمَّر: لا يُقبل قولُه إلا ببيِّنة»، «بحر»[٣]. ولو لم يأمُرْه وعمَّر: لا يرجع، وإن ثبت بالبينة.

«ولو أمَر رجلا أن يُنفِق على عياله ليَرجِعَ عليه، فقال: أنفَقتُ، وكذَّبه الآمِرُ، وأراد المأمورُ أن يُحلِّفه أنه ما يَعلَم أنه ما أنفَق كذا: له ذلك. ولو قال لرجل: استدِنْ وأنفِقْ على امرأتي كلَّ شهرٍ كذا، فادَّعى أنه أنفَق ذلك، وكذَّبه الآمِرُ وصدَّقته المرأةُ: لا يُصدَّق، إلا أن يكون القاضي فرَض لها النفقةَ؛ لأنها حينئذ أخَذت بإذن القاضي، وهكذا في الأولاد الصِّغار»، «حموي»[٤].

[ضابط: في الرُجوع على الآمِر]

واعلم أن **الأصل في الرُّجوع: أن كلَّ ما يُطالَب به الإنسانُ بالحَبْس والمُلازَمة: يكون الآمِرُ بأدائه مُثبِتًا للرجوع من غير اشتراط الضمان، وما لا فلا،** إلا إذا شرَط الضمان، وإلا في الأسير إذا قال: اشتَرِني، فاشتَراه، فإنه يرجع عليه بلا اشتراطِ الضمان.

---

(١) في هامش (خ): (انظر ما يأتي من قول المصنف: الوكيل بالشراء إذا دفع الثمن من ماله: فإنه يرجع على موكله به، إلا فيما إذا ادعى الدفع، وصدقه الموكل، وكذبه البائع: فلا رجوع للوكيل على الموكل... إلخ).

(٢) انظر: «غمز عيون البصائر» (٣/ ٨ ـ ٩).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء، أمره بشراء عبدين (٧/ ١٦٤).

(٤) انظر: «غمز عيون البصائر» (٣/ ٩).

[فرع: أمره أن يشتري بألفٍ عبدًا، ويزيد مِن عنده إلى خمسمائة]

ثم إنه فرَّع على ذلك الأصل: (فلو دفع) المُوكِّل (إليه)، أي: إلى الوكيل، (ألفًا، وأمَره أن يشتري له بها عبدًا، ويزيدَ مِن عنده إلى خمسِمائة، فاشترى) له عبدا، (وادَّعى الزيادةَ)، أي: زيادةَ الخمسِمائة، (وكذَّبه الآمِرُ) في هذه الزيادة: (تحالَفا) إن لم يكُن لأحدِهما بيِّنةٌ، وإلا فلمَن أقامَها؛ لأن «كُلًّا منهما يدَّعي حقًّا لنفسه، أما الآمِرُ، فلأنه يدَّعي أخذَ العبد، وأما المأمورُ، فلأنه يدَّعي حَبْسَه والرجوعَ بالزيادة. وإن أقاما البيِّنَةَ: فالبيِّنةُ بيِّنةُ الوكيل[1]؛ لأنها أكثرُ إثباتًا؛ لأنها تُثبت حقَّ الرجوع في الزيادة. وإن تكن لهما بيِّنةٌ: تحالفا؛ لأن الوكيل بالشراء مع المُوكِّل بمنزلة البائع والمشتري في حقِّ الحقوق، وهما إذا اختلفا في الثمن، والسِّلعةُ قائمةٌ: يَتحالفان في الثمن، فكذا الوكيلُ والمُوكِّل، وهذا التحالُف على وَفْق القياس؛ لأنه قبل القبض، وأيُّهما نكَل: لزمه دعوى صاحبِه، فإن حلفَا: يُقسَم العبدُ أثلاثًا، ثُلُثاه للمُوكِّل، وثُلُثُه للوكيل؛ لأنه ادَّعى على المُوكِّل خمسَمائة، وقد برِئ منه بيمينه، والمُوكِّل ادَّعى على الوكيل ثُلُثَ العبد بغير شيء، وقد برِئ الوكيلُ من دعواه بيمينه، والشِّراء قد ظهر في ثُلُثَي العبدِ بألفٍ بقول الوكيل، والثُّلُث لم يثبُت فيه دعوى كلِّ واحدٍ منهما في حقِّ صاحبه، فإذا تَحالَفا: ترادَّا، فيعُود الثُّلُثُ للوكيل؛ لتعذُّر إلزامُ المُوكِّل به، لانفساخ البيع بالتحالُف فيه، ويُبدَأ بيمين الوكيل، فيَحلِف على البَتات: بالله ما اشتراه بألف، كما يقول الآمِرُ، قيل: هذا قولُ أبي يوسف أوَّلا، وفي قوله الآخِر، وهو قولُهما: يُبدأ بيمين الآمر، والأصحُّ البداءة بيمين الوكيل على قول الكلِّ»، «حموي»[2].

---

(١) في (ع): (الموكل).

(٢) «غمز عيون البصائر» (٣/ ٩ ـ ١٠).

[ضابط: كلُّ مكان يقدر فيه على إنشاء ما أَخبَر به فلا تُهمةَ في خبره]

وذلك (**بخلاف**) ما لو وكَّله بـ(**شِراء المُعيَّنة**)، أي: جارية مُعيَّنة، ولم يُسمّ له ثمنًا، ولا دفَع له شيئًا، فأنكَر الآمرُ الشِّراءَ، وقال الوكيلُ: اشتَريتُها بألفٍ، فإن القولَ للوكيل مع يمينه (**حالَ قيامِها**)، أي: إذا كانت قائمةً، وإنما كان القولُ فيها للوكيل، بخلاف المسألة الأُولى؛ لأنه مُتَّهمٌ هناك، بخلافه هنا.

«وهذا مبنيٌّ على أصل، وهو أن **كلَّ مكانٍ يقدر الوكيلُ فيه على إنشاء ما أَخبَر به: فلا تُهمةَ في إخباره، وكل مكان لا يقدر فيه على إنشاء ما أخبَر به: تمكَّنتْ التُّهمةُ في خبَره**. وفي هذه المسألة يُمكن إنشاءُ العقد في الحال؛ لأن الجارية قائمةٌ، بخلاف هناك؛ إذ لو كانت هالكةً لكانت وِزانَ الأُولى بجامع العَجْز عن إنشاء العقد فيهما»، «حموي»[(١)].

ولكن هذا التعليل يقتضي أنه في الصورة الأُولى المشتَرى هالكٌ، مع أن التحالُفَ لا يجري في الهالك، فليُحرَّر.

ولو مثَّل لهذا الأصل بما: لو أمَره أن يشتري له عبدًا بألف، ودفَعها إليه، فلمَّا اشتَراه قال: الألف قد هلَكت ومات العبدُ، فطلب البائعُ منه الثمنَ: فإن للوكيل أن يأخُذ ألفًا أُخرى ليَدفعَها إلى البائع؛ لأن الوكيل عاملٌ للآمِر، فما لحِقه من الضمانُ يكون على مَن عمل له، والعبد والألفُ هلَكا في يد الوكيل أمانةً: لكانَ أَولى[(٢)]. قال أبو الليث: هذا إذا عرف أنه اشتَرى العبدَ للآمر بشهادة الشُّهود. وأما إذا لم يُعرَف إلا بقوله: يكون مُصدَّقًا في دفع الضمان عن نفسه، ولا يُصدَّق في إيجاب الضمان على الآمِر، كما في «المبتغى».

---

(١) «غمز العيون» (٣/ ١٠ ـ ١١).

(٢) جواب قوله: (ولو مثل لهذا الأصل).

[فائدة: لا يصحُّ عزلُ الوكيلِ نفسَه بدون علم المُوكِّل، إلا في مواضع]

(لا يصحُّ عزلُ الوكيلِ نفسَه إلا بعلم المُوكِّل)، كالوكالة بالخُصومة[١] إذا ثبت من المطلوب بطلب المُدَّعي، فلا يملك عَزْلَه لما فيه من إبطال حقِّ الغير. وهذا إذا علم الوكيلُ بالوكالة. وإن لم يعلَم: فله عزلُه بكلِّ حال.

قيَّدنا بالطلب؛ لأنه لو وكَّله بلا طلبٍ: يملك عَزْلَه، سواء كان الخصمُ حاضرًا أو غائبًا.

وقيدنا بكون التوكيل من المطلوب؛ لأنه لو وكَّله الطالبُ: فله عزلُ نفسِه بعد غَيبة المطلوب، وكالوكالة التي يَتضمَّنُها عقدُ الرهن. وأما توكيلُ الزوج آخَرَ بطلاق زوجتِه بالتماسِها، ثم غاب الزوجُ، فيَملِك عزلَه؛ لأن المرأة لا حقَّ لها في الطلاق، وما قيل بخلافه فضعيفٌ، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك[٢].

(إلا الوكيل[٣] ....

---

(١) في هامش (خ): (قوله: كالوكالة بالخصومة، ليست من موضع الكلام؛ لأنهما فيما تعلق به حق، فهي مستثناة من كون الوكالة غير لازمة من الجانبين، انتهى).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٣/ ١١). وفي هامش (خ): (عبارة «شرح المجمع»: ويملك الموكل عزله؛ لأنه هو المثبت له وصف الوكالة، فيملك إبطاله ما لم يتعلق بها حق الغير، كالوكالة بالخصومة... إلخ ما هنا، انتهى).

(٣) في هامش (خ): (قوله: إلا الوكيل... إلخ. ظاهر كلام المتن أنه لو عزل الوكيل نفسه قصدا: ينعزل من غير علم الموكل، وهو مخالف لما قاله الأتقاني والزيلعي من أنه لا ينعزل إلا إذا علم موكله بالعزل، فلو تصرف قبل علم موكله بالعزل: نفذ تصرفه في هذه المسائل. وقد نقل في «الدر» كلام «الأشباه» المذكور برمته، ولم يتعقبه، ولم يبين المراد منه، وكذا أبو السعود في «حاشية مسكين»، ونبه في «رد المحتار» على ما قلنا، فراجعه).

بِشِراء شيءٍ بغيرِ عينِه[١]، أو ببيعِ مالِه)، فإنه ينعزل وإن لم يعلَم، (ذكره في وصايا «الهداية»[٢]).

(قلتُ: وكذا) ينعزل (الوكيلُ) بعزلِ نفسِه، ولو لم يعلَم المُوكِّلُ[٣] (بالنكاح، والطلاق، والعتاق[٤]).

(فانحصَر) عدمُ جواز عزلِ الوكيلِ نفسَه بلا علمِ المُوكِّل (في: الوكيلِ بشِراء شيءٍ مُعيَّن، والخُصومة)، كما «لو وكَّله بشِراء عبدٍ بعينِه، فاشتراه لنفسه، أو وكَّل آخرَ بشرائه، فشرَاه: فهو للمُوكِّل، ولو عزَل نفسَه: لا ينعزِل إلا بعلم المُوكِّل[٥]، أو شرائه بأكثرَ مما وُكِّل به، أو بخلاف جنسِ ما وُكِّل به، «بزازية»[٦].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: بشراء شيء بغير عينه، أي: فإن له عزل نفسه ضمنا من غير علم الموكل، بخلاف الوكيل بشراء المعين، فإن الشراء لا يقع للوكيل عند غيبة موكله؛ لأن فيه عزل نفسه، ولا يملكه إلا بمحضر من الموكل، كذا في «الهداية». وأما في غير المعين، فالشراء الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره؛ لأن الداخل تحت الوكالة شراء يكون للآمر، فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه، فانعزل في ضمن ذلك. وأنت خبير بأن ظاهر المتن في العزل القصدي، لا في الضمني).

(٢) انظر: «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الوصايا، باب الوصي ما يملكه (١٠/ ٤٩٧).

(٣) في هامش (خ): (قوله: ولو لم يعلم الموكل، هذا خطأ مخالف لقول البزازي وغيره: وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم).

(٤) في هامش (خ): (قوله: قلت: وكذا الوكيل بالنكاح... إلخ. هذا خطأ مخالف لقول الأتقاني وغيره: لا يصح، ولا يخرج عن الوكالة قبل علم الموكل، انتهى).

(٥) في هامش (خ): (قوله: ولو عزل نفسه لا ينعزل إلا بعلم الموكل، أي: في العزل القصدي، وهذا خروج عن ظاهر المتن، تأمل في المتن من أول الكلام إلى آخره تجده في بون آخر).

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، آخر الفصل الخامس في الوكالة بالشراء (٥/ ٤٨٥). وعبارته: «وكله بشراء عبد بعينه، فخرج الوكيل من عنده، وأشهد أنه يشتريه لنفسه، أو وكل آخر بشرائه فاشتراه: فهو للأول، وإنما يملك الشراء لنفسه عند عزل نفسه، ولا يملك ذلك عند غيبة الآمر، إلا =

ويُستثنَى من ذلك أيضًا: المأمورُ بشِراء نفسه، فلو وكَّله بشراء نفسِه من مولاه، فإن إضافه إلى الآمِر: صحَّ، وإن أضافَه لنفسه: يقعُ له، ويصير حُرًّا، وعليه ما سمَّاه له»، «بيري»(١).

[ضاط: لا يُجبَر الوكيلُ إذا امتنع عن فعلِ ما وُكِّل فيه، إلا في مسائلَ]

(لا يُجبر الوكيلُ إذا امتنع عن فعلِ ما وُكِّل فيه) من طلاق، وتدبير، وعتق، ونحوها؛ (لكونه مُتبرِّعًا) فيه، أي: غير واجب عليه، (إلا في مسائلَ):

(إذا وكَّله في دفعِ عينٍ)، وغاب المُوكِّل: فإنه ليس له الامتناعُ؛ لما فيه من الغُرور.

وفي «البحر»: «ولا جَبْر عليه في فعلِ ما وُكِّل به، إلا في ردِّ وديعةٍ، بأن قال: ادفَعْ هذا الثوبَ لفلان»(٢)، فالمرادُ بالعين هنا الوديعة، وإلا لو أريد ما هو أعمُّ لنَافَى ما سيأتي من قوله: «وقضاء دَينه»(٣)، تأمل.

وهل يخرُج عن ضمانِها بمُجرَّد الدفع إلى الوكيل، أو إذا وصَلت إلى المالك(٤)؟ قال الحموي: الظاهر الثاني، إلا إذا كان وكيلا من جانب المالك

= إذا اشتراه بأكثر مما وكله به، أو بخلاف جنس ما وكله به».

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٧). وعبارته في الاستثناء: «أقوله: ويخرج من ذلك المأمور بشراء نفسه. قال في «خزانة الأكمل»: رجل قال لعبد: اشتر لي نفسك من مولاك بألف، فقال: نعم، فقيل: ينظر؛ إن قال لمولاه: بعني نفسي بألف، فباعه، وقبل العبد: فهو حر، وعليه ألف، ولم يصر ممتثلا لموكله حتى يضيفه إلى الآمر، والله أعلم».

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الوكالة (٧/ ١٤١).

(٣) في هامش (خ): (قوله: لنافى؛ لأن ما هنا صادق بما إذا دفع له عينا لقضاء دينه، فينافي ما سيذكره بعد أسطر بقوله: وقضاء دين فلان... إلخ، انتهى).

(٤) في (ع): (الموكل).

في استرداده: فحينئذ يَبْرَأ الغاصبُ من ضمانِها بمُجرَّد الدفع[١]، انتهى.

(لكن لا يجب عليه)، أي: الوكيل، (الحملُ) للعين المأمور (بدفعِها إليه)، أي: إلى المدفوع له.

(والمغصوبُ والأمانةُ سواءٌ)، أي: لا فرقَ بين كون العين المأمور بدفعِها مغصوبةً أو أمانةً في وجوب الدفع عليه إلى صاحبها؛ لأنه من قَبِيل أداءِ الأمانات إلى أهلها، وهو قادرٌ عليها.

(و)إلا (فيما إذا وكَّله)، أي: الراهنُ المُرتَهِنَ، (ببَيع الرَّهن)، فيُجبَر على بيعه؛ خشيةَ التَّوَى على المُرتَهن[٢]، (سواءٌ كانت) الوكالةُ (مشروطةً فيه)، أي: في الرهن، (أو بعده).

(و)إلا (فيما إذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المُدَّعي، وغابَ المُدَّعى عليه)، فإنه يُجبَر عليها لتعلُّق حقِّ الغير، وهو المُدَّعي، بالوكالة؛ إذ لو لم يُجبَر بعد غَيبة المُوكِّل لتضرَّر المدَّعي لتعلُّق حقِّه[٣] بالوكالة.

قال الحموي: «وهل قيدُ الغَيبة في المعطوف[٤] يُعتبَر في المعطوف عليه أو لا؟ الظاهرُ الأوَّل؛ لأن الغائب[٥] صار معتمدًا على الوكيل، فيَتضرر بامتناعه عن الوكالة[٦]»[٧].

---

(١) لم أجده في «غمز العيون».

(٢) أي: يتوى على المرتهن حقه في الرهن.

(٣) أي: المدعي.

(٤) أي: في قوله: وغاب المدعى عليه.

(٥) أي: الموكل.

(٦) أي: الفعل الذي وكل فيه.

(٧) «غمز العيون» (٣/ ١٢).

[فروع الضابط السابق]

(ومن فروع) هذا (الأصل)، أي: لا يُجبَر الوكيل... إلخ، (لا جَبْر على الوكيل بالإعتاق، والتدبير، والكتابة، والهبة من فلان، والبيع منه، وطلاقِ فلانة)، ولو التوكيلُ بطلبها، (وقضاءِ دَينِ) فلان، (إذا غاب المُوكِّل)، فلا يُجبَر الوكيلُ على فعلها لما تقدَّم. وأفتى قارئُ «الهداية» بجَبْر الوكيل في قضاء الدَّين إذا ثبت على مُوكِّله، وأن المُوكِّل أمَره بدفعه، أو كان كفيلا به[١]، انتهى.

وفي «الفصول العمادية» ما يُوافق ما قاله المُصنِّف، قال: «وهي واقعةُ الفتوى»، بعد أن نقل ذلك عن «الخانية»، كما في «المنح»، واختاره في «التنوير»[٢].

[فائدة: لا يُجبر الوكيلُ بغير أَجرٍ على تقاضي الثمن]

(ولا يُجبَر الوكيلُ بغير أَجرٍ على تقاضي الثمنِ)، فلو وكَّله بالبيع، فباع وامتنع عن استيفاء الثمن: لا يُجبَر، ولكن يقال: وكِّلْ [الموكِّلَ] باستيفائه. وأما الدلَّال والسِّمْسار، فإنهما يُجبَران؛ لأخذِهما الأجرَ[٣]، وكذا المُضارِب إن كان في المال ربحٌ، وإلا فلا يُجبَر، ويقال له: وكِّل ربَّ المال بالاستيفاء»، «خانية»[٤].

وقوله: وكِّلْ بالاستيفاء، مرادُه: الحوالة، وإلا فالوكيل لا يُوكِّل بلا إذنٍ.

وفي الفروق من هذا الكتاب: «لو استأجر المُوكِّلُ الوكيل، فإنْ على عملٍ معلوم: صحَّت، وإلا لا».

---

(١) «فتاوى قارئ الهداية» (ص ٧١).

(٢) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء (ص ٥٠٤).
وقال في «الدر»: «ظاهر «الأشباه» أن الوكيل بالأجر يُجبَر».

(٣) أي: لأن الدلال أو السمسار وكيل بالبيع بأجر.

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، أوائل فصل في التوكيل في البيع والشراء (٣/ ٢٠).

(و) إنما (يُحِيلُ) الوكيلُ (المُوكِّلَ) بالتقاضي في الثمن، أي: يُقال له: وكِّلْ المُوكِّل.

[فائدة: لا يُحبَس الوكيلُ بدَين مُوكِّلِه، إلا إن ضمِن]

(ولا يُحبَس الوكيلُ بدَينٍ) على (مُوكِّله، ولو كانت وكالتُه عامَّةً، إلا إن ضمِن) المالَ، بأن كان كفيلا، يعني: «لو وكَّله بقبض كلِّ حقٍّ له، وأن يُخاصِمَ عنه، فادَّعى عليه شخصٌ بدَين على مُوكِّله الغائب، فأقرَّ به[1] عند القاضي، وأنكر المالَ، وشهدوا عليه به: فلا يُحبَس به الوكيلُ؛ لأن الحَبْس جزاءُ الظُّلم، ولم يظهَرْ من الوكيل ظلمٌ؛ إذ ليس في الشهادة أمرٌ بأداءِ المال، ولا ضمانَ للوكيل على مُوكِّله، فإذا لم يجب على الوكيل أداءُ المال من مال المُوكِّل بأمر مُوكِّله، ولا بالضمان عن المُوكِّل: لا يكون الوكيلُ ظالمًا بالامتناع، فلا يُحبَس»، كما في «الخانية»[2].

[فائدة: لا يُوكِّل الوكيلُ إلا بإذنٍ أو بعموم تفويض، إلا الوكيل بقبض الدَّين]

(لا يُوكِّل الوكيلُ)، أي: لا يحِلُّ له التوكيلُ، (إلا بإذنٍ) من المُوكِّل، (أو بعُموم تفويضٍ) في الوكالة، «كـ: اصنَعْ ما شئتَ، وحينئذ يكون وكيلا للأوَّل، لا للثاني[3]، حتى لو مات الوكيلُ الأوَّلُ، أو عُزِل، أو جُنَّ، أو ارتدَّ، أو لحِق بدار الحرب: لا ينعزل الثاني، ولو مات المُوكِّل الأوَّلُ، أو عُزل، أو جُنَّ، أو لحِق: ينعزل الوكيلان. ولو عزَل الوكيلُ الأوَّلُ الثانِيَ: جاز عزلُه؛ لأن المُوكِّل الأوَّلَ رضِي بصُنْع الوكيل الأوَّل، وعزلُ الأول [للثاني] من صُنْع الأوَّل»، «بيري»[4].

---

(١) أي: بالتوكيل، كما في هامش (خ).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالخصومة (٣/ ١٣). قال الحموي (٣/ ١٤): «وفيه شهادة لصحة جواب قارئ «الهداية» الذي تقدم قريبا».

(٣) أي: يكون وكيلا للموكل الأول، لا وكيل الوكيل.

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (٣/ ٢١٩).

وإنما حمَلنا قوله: لا يُوكِّل، على عدم الحِلِّ، لا على عدم الصحَّة؛ لئلا يُناقِضَ ما سيأتي من أنه إذا أجاز ما فعَله وكيلُه: نفَذ؛ إذ الموقوف قسمٌ من الصحيح، «حموي»[١].

(إلا الوكيل بقَبْض الدَّين)، فإنه له أن يُوكِّل غيرَه، ولو بلا إذنٍ أو تعميمِ تفويض. وفي «جامع الفصولين» ما يُخالفه، قال: «الوكيلُ بقَبضِ الدَّين لا يُوكِّل غيرَه؛ لتفاوُت الناس في القبض»[٢]، انتهى.

ووفَّق بينهما الحمويُّ «بحمل ما في «الجامع» على ما إذا [وكَّل بالقبض مَن] لم يكن في عياله؛ لما في «القنية»: وكَّله بقبض دَينه، فوكَّل الوكيلُ، فقبَضه وهلَك في يده، فإن كان الوكيلُ الثاني من عيال الأوَّل: لا يرجع الثاني[٣] على أحد، وإلا يرجع على المديون بدَينه»[٤]، انتهى.

(له)، أي: يجوز للوكيل، (أن يُوكِّلَ مَن في عياله بدونهما)، أي: بدون الإذن والتفويض، (فيَبْرأُ) المديونُ (بالدَّفع إليه)، أي: إلى الوكيل الذي في عياله، «فلو

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٣/ ١٤).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل الرابع والثلاثون في الإحكامات (٢/ ١٤٥).

(٣) في هامش (خ): (قوله: لا يرجع الثاني، كذا في «الحموي». وعبارة «البيري» على النسخة التي بيدي: حتى لو هلك في يد الثاني هلك على رب الدين، كما في «منية المفتي»، انتهت. وهي ظاهرة، فقوله: الثاني، لعل تحريف، وصوابه: لا يرجع رب الدين، انتهى. ثم رأيت في «شرح الدرر»: وإذا وكل الوكيل بالقبض، أي: بقبض الدين بلا إذن، فدفع له المديون، فإن وصل إلى الوكيل الأول برئ، وإلا فإن وكل من في عياله برئ، وإلا لا، فإن هلك المال في يد الثاني كان للغريم تضمينه، وللثاني الرجوع على الوكيل الأول... إلخ، انتهى).

(٤) «غمز العيون» (٣/ ١٤).

هلَك في يده: يَهلِك على ربِّ الدَّين، كما في «مُنية المفتي»، وكذا الوديعة، كما في «خزانة الأكمل»[(١)][(٢)].

[فائدة: الوكيلُ بدَفع الزكاة إذا وكَّل غيرَه: جاز]

(والوكيلُ بدَفع الزكاةِ إذا وكَّل غيرَه)، والوكيل الثاني وكَّل غيرَه، (وثُمَّ وثُمَّ، فدفَع) الوكيلُ (الآخَرُ) الزكاةَ: (جاز) الدفعُ، (ولا يَتوقَّف) على إجازة الأوَّل وتعميمِه، (كما في أُضحية «الخانية»). قال فيها: «رجلٌ وكَّل غيره بشِراء أُضحية، فوكَّل الوكيلُ غيرَه، ثمَّ وثمَّ، فاشترى الآخَرُ: يكون موقوفًا على إجازة الأوَّل، إن أجاز: جاز، وإلا فلا. والوكيل بدفع الزكاة إذا وكَّل غيرَه، ثمَّ وثمَّ، ودفع الآخرُ: جاز ولا يتوقَّف»[(٣)]، انتهى، وليُنظَر الفرقُ[(٤)].

[فائدة: الوكيل بالشِّراء يرجع على المُوكِّل فيما دفَع، إلا في مسألة]

(الوكيل بالشِّراء إذا دفع الثمنَ من ماله: فإنه يرجع على مُوكِّله به، إلا فيما إذا ادَّعى) الوكيلُ بالشِّراء (الدفعَ)، أي: دفع الثمن من ماله، (وصدَّقه المُوكِّلُ، وكذَّبه البائعُ: فلا رجوعَ) للوكيل على المُوكِّل، فإن أقام المأمورُ بيِّنةً: قُبلت بيِّنتُه، ويرجع حينئذ على الآمِر، ويَبْرأ عن دَين الطالب، (كذا في كفالة «الخانية»[(٥)]).

وكذا فيها: «لو كان عليه ألفٌ، فأمر رجلا أن يقضِيَها عنه، فقال المأمورُ:

---

(١) «خزانة الأكمل»، كتاب الوكالة، دين (٤/ ٢١٩).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢١٩).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأضحية، فصل في مسائل متفرقة (٣/ ٣٥٥).

(٤) كذا قال الحموي في «غمز العيون» (٣/ ١٤).

(٥) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الكفالة والحوالة، فصل في الكفالة بالمال (٣/ ٦٦).

قضَيتُ، فصدَّقه الآمرُ، وكذَّبه صاحبُ الدَّين: لا يرجع المأمورُ على الآمر»(١).

[فائدة: وكيلُ الأب في مالِ ابنه كالأب، إلا في مسألتَين]

(وكيلُ الأب في مال ابنِه كالأبِ، إلا في مسألتَين من بيوع «الولوالجية»):

(إذا باع وكيلُ الأبِ لابنِه، وكان الأبُ غائبًا: لم يجُزْ، بخلاف الأب إذا باع من ابنه)، فإنه يجوز، يعني: «إذا وكَّل الأبُ [رجلًا] ببَيع عينٍ من أعيان ماله من ابنه، ففعل الوكيلُ عند غَيبة الأب: لم يجُزْ؛ لأن كلامَ الفرد لا يكون عقدًا تامًّا في باب البيع والشراء، وكان ينبغي أن يكون كذلك في الأب، إلا أنا جوَّزناه في حقِّ الأب لأنَّا جعلناه إذنًا للصبي، ويصير الصبيُّ بائعًا ومُشتَريًا بعبارة الأب، وإذا جُعل إذنًا: يكون العقدُ قائمًا باثنين، وهذا الطريق معدومٌ في حقِّ وكيله، فلا يجوز، إلا إذا كان الأبُ حاضرًا، فيقول الوكيل: بعتُ هذه العينَ من ابنك بكذا، فيقول الأبُ: اشتريتُ»، كذا في «الولوالجية»(٢).

وبه يُعلم ما في نقل المُصنِّف عنها من الخلَل، حيث لم يُقيِّد بما إذا كان الأبُ غائبًا.

وعلَّل البيريُّ عدمَ جواز بيع الوكيل لابنه بأن «وكيلَ الأب لا يملِك التصرُّفَ في مال ابنِ مُوكِّلِه؛ لأن وكالته مُختصَّةٌ بالأب، وليس ما في «خزانة الأكمل» من ذلك، قال: «ولو باع الوكيلُ من ابن الآمِر، [أو أبيه]، أو مُكاتَبه، أو عبدِه المأذونِ، وعليه دينٌ: جاز»(٣)، انتهى.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الكفالة والحوالة، فصل في الكفالة بالمال (٣/ ٦٦).

(٢) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل السادس فيما تقبل البينة على دعوى البائع (٣/ ٢١٩).

(٣) «خزانة الأكمل»، كتاب الوكالة، بيع (٤/ ٢١٧). وانظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٠).

(**وفيما إذا باع مالَ**[١] **أحدِ الابنَين من الآخَر**) شيئًا[٢]: يجوز، (**بخلاف وكيلِه**)، أي: الأب، يعني: «إذا باع الأبُ مالَ أحدِ ابنَيه من الآخر بثمنٍ معلوم مما لا يتغابَن الناسُ فيه، وهما صغيران: جاز البيع، ولو وكَّل الأبُ وكيلا واحدًا، فباع الوكيلُ مالَ أحدِهما من الآخَر: لا يجوز.

والفرقُ: أن الأب لو باع مالَ كلِّ واحدٍ منهما من الأجنبيِّ أو من نفسه: يجوز، فكذا إذا باع مالَ أحدِهما من الآخر، بخلاف الوكيل؛ لأن الأبَ في التوكيل نائبٌ عنهما، فصار كأنَّهما [كانا] بالغَين، فوكَّلا رجلًا واحدًا بالبيع والشراء، ففعَل ذلك الوكيلُ: لم يجُزْ، كذا هنا»، كذا في «الحموي»[٣] عن «الولوالجية»[٤]، قال: «ومنه يظهر ما في نقل[٥] المُصنِّف من الإخلال والإيجازِ[٦] البالغ حدَّ الإلغاز»[٧].

[ضابط: الشراء إذا لم ينفذ على الآمر نفَذ على المأمور، إلا في مسألة]

(**المأمور بالشِّراء إذا خالَف في الجنس**)، أي: جنس ما سمَّاه من الثمن: (**نفَذ**) الشِّراءُ (**عليه**)، أي: الوكيل؛ للمُخالَفة، وينعزل في ضِمْنها. «**والأصل: أن**

---

(١) قوله: (مال)، ليس في (ع).

(٢) كذا في النسخ، ولعل الأولى حذف (شيئا).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٣/ ١٥ ـ ١٦).

(٤) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل السادس فيما تقبل البينة على دعوى البائع (٣/ ٢١٩).

(٥) في النسخ: (كلام)، والمثبت من «غمز العيون».

(٦) في هامش (خ): (قوله: من الإخلال والإيجاز. أما الإيجاز، فظاهر، وكذا الإخلال؛ لأن ظاهر عبارته أن يقرأ «أحد» بالرفع، فاعل «باع»، وليس كذلك، كذا في «حاشية أبي السعود»، وهذا على ما في نسخهما، وإلا ففي نسختي: وفيما إذا باع مال أحد الابنين من الآخر: يجوز، بخلاف وكيله).

(٧) «غمز العيون» (٣/ ١٦).

الشِّـراء إذا لـم ينفُـذ على الآمِـر ينفُذُ علـى المأمور، بخـلاف البيـع»، «نهر»[1].

(**إلا في مسألةٍ من بُيوع «الولوالجية»**)، وهي: (**الأسيرُ المُسلِم في دار الحرب إذا أمَر إنسانًا بأن يَشتريَه بألفِ درهم، فخالَف في الجنس**)، بأن اشتَراه بعُروض أو دنانير: (**فإنه**)، أي: الوكيل، (**يرجع عليه**)، أي: الموكِّل، بالألف.

والفـرق: أن مـا هنا ليس شـراءً حقيقـةً، بل تخليـصٌ بالألف[2]، وقـد رضي به، فتلزمـه، كمـا لو أمـر رجـلا أن يقضي مـن دَينه ألفًـا، فقضَى أكثـرَ: يرجـع عليه بقدر الألف، كذا هـذا[3].

وإليه يُشير قوله: (**الوكيل إذا سمَّى له المُوكِّل الثمنَ، فاشترى بأكثر: نفَذ على الوكيل، إلا الوكيل بشِراء الأسِير، فإنه إذا اشتراه بأكثرَ: لزم الآمرَ المُسمَّى، كما في «الواقعات»**)، والفرقُ ما قلنا.

(**وكذا إذا قال له الأسيرُ: اشتَرني بألفِ درهم، فاشتراه بخلافِ جنسِها**): جاز، ويرجع عليه بالألف[4]، انتهى.

---

(١) «النهر الفائق»، كتاب البيوع، باب خيار الشرط (٣/ ٣٧٦).

(٢) لأن شراء الأحرار ليس بشراء يوجب عليه المال المسمى، لكنه طريق لتخليصهم، فكيف ما استطاع تخليصهم: له أن يفعل. هذا إذا كان الأسير حرا. أما إذا كان عبدا، فلا يسعه شيء من ذلك إذا دخل بلدهم بأمان. انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل السابع فيما يكره للمشتري أو للبائع أن يفعل (٣/ ٢٢٤).

(٣) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل السابع فيما يكره للمشتري والبائع أن يفعل (٣/ ٢٢٤)؛ «غمز العيون» (٣/ ١٦).

(٤) انظر: «الفتاوى الولوالجية» (٣/ ٢٢٤).

[ضابط: الوكالة لا تقتصر على المجلس، بخلاف التمليك]

(الوكالة لا تقتصِر على المجلس، بخلاف التمليك)، فإنه يقتصر عليه، (فإذا قال لرجل: طلِّقْها، لا يقتصِر) على المجلس، وله أن يُطلِّقَها بعد، وإذا قال لها: (طلِّقي نفسَكِ: يقتصِر) على المجلس، فليس لها أن تُطلِّقَ بعده؛ لأنه تمليكٌ، وليس بتوكيل، فيتوقّفُ على قبولها في المجلس. وكذا إذا قال لها: وكَّلتُكِ بطلاقك، فهو تفويضٌ يقتصر على المجلس؛ لأن الإنسان لا يكون وكيلا في حقِّ نفسه ولا رسولًا، وكذا لو وكَّل عبده بعتقِ نفسِه: يقتصر على المجلس[1].

(إلا إذا زاد) التعليقَ بالمشيئة، وقال: (إن شِئتَ): فإنه يصير وكيلا بطلاقها إن شاء، وله المشيئةُ في مجلس علمِها، فإن شاء في المجلس: جاز، وإن قام: لا[2]، فكان ينبغي تقديمُه على «طلِّقي نفسَكِ».

(وكذا) لو قال له: (طلِّقْها إن شاءَتْ)، «فإنه يقتصر على مجلس علمِها، فإن شاءَتْ صار وكيلا[3]، فيُطلِّقُها في المجلس، لا بعده، هو **الصحيح**؛ لأن مشيئتَها تقتصر على المجلس، فكذا الوكالةُ، كذا في «الخانية»[4]. قال الحلواني: ينبغي أن يُحفَظ هذا، فإنه مما عمَّت به البلوى، فإن الوُكلاء يُؤخِّرون الإيقاع[5]

---

(١) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٠ ـ ٢٢١).

(٢) عبارة قاضي خان في «فتاواه» (٣/ ٥١): «لو قال له: أنت وكيلي في طلاقها إن شئتَ، فإن طلق في المجلس: جاز، وإن قام قبل أن يشاء: فلا وكالة له».

(٣) فلا يصير وكيلا ما لم تشأ، ولها المشيئة في مجلس علمها، فإن شاءت صار وكيلا، كذا في «الدر المنتقى».

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، آخر مسائل التوكيل بالطلاق والعتاق (٣/ ٥١).

(٥) في النسخ: (الطلاق)، والمثبت من «الدر المنتقى»، وهو أولى.

عـن مشـيئتِها، ولا يـدرُون أن الطـلاق لا يقَـعُ»، كذا فـي «الـدر المنتقى»[(١)].

[فائدة: الوكيل متى كان عامِلًا لنفسه بطَلت الوكالة، إلا في مسألة]

(**الوكيلُ عاملٌ لغيره**)؛ لأنه قائمٌ مقامَ الغير في التصرُّف، (**فمتى كان عامِلًا لنفسه**)، أي: استقلالا: (**بطَلت**) الوكالة. وإنما قيَّدنا بالاستقلال لأنه إذا كان عاملا في ضِمْن عمَله لغيره: لا تبطُل، كما لو وكَّله بإبراء نفسِه، وسيأتي.

(**ولذا قال في «الكنز»: وبطَل توكيلُه الكفيلَ بمالٍ**[(٢)])، أي: توكيل ربِّ المالِ كفيلَه بقَبْض ما على المكفول عنه من الدَّين، فلو هلَك بيده: لا يَهلِك على المُوكِّل؛ لانعدام الرُّكن، وهو كونه عامِلًا لغيره.

«قيل: السياقُ يقتضي أن المراد توكيلُ الكفيل بإبراء الأصيلِ؛ ليتحقَّق بذلك كونُه عامِلًا لنفسه؛ إذ براءةُ الأصيل تستلزم براءةَ الكفيل، وكما يبطُل توكيلُ الكفيل بمالٍ: تبطُل كفالةُ الوكيل بالبيع بالثمن عن المشتري، كما في «الخانية»[(٣)]، خلافًا لما في «البزازية»[(٤)]»، «حموي»[(٥)].

قال شيخُنا: ولا مُخالفةَ؛ لأن صدرَ عبارة «البزازية»: «ضمِن الوكيلُ الثمنَ:

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الطلاق، باب تفويض الطلاق (٢/ ٥١).

(٢) «كنز الدقائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالخصومة والقبض (ص ٤٩١).

(٣) حيث قال في كتاب الوكالة، فصل في الكفالة بالمال (٣/ ٧٠): «الوكيل بالبيع إذا كفَل بالثمن عن المشتري: لا تصح كفالته».

(٤) حيث قال في كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع (٥/ ٤٧٤): «وإن باعه، ووكل بقبض ثمنه، وضمن له الوكيل: صح».

(٥) انظر: «غمز العيون» (٣/ ١٧).

لا يصحُّ»[١]، وقولُه: «إن باعَه، ووكَّل بقبض ثمنِه... إلخ، مسألةٌ أُخرى غيرُ مسألة «الخانية»، ليس فيها الوكيلُ بالبيع، بل الوكيلُ بقبض الثمن.

والحاصل: أن الوكيل بقبض الثمنِ يصحُّ ضمانُه، كما في «البزازية»، بخلاف الوكيل بالبيع، حيث لا يصحُّ ضمانُه[٢].

(**إلا في مسألة**)، وهي: (**ما إذا وكَّل**) الدائنُ (**المديونَ بإبراءِ نفسِه: فإنه صحيح**)، كما «إذا قال له: أبرِئْ نفسَك من الدَّين، أو هَبْ نفسَك الدَّينَ، أو حلِّلها منه، ففعَل: برِئَ؛ لأن هذا التفويضَ[٣] لا يُؤدِّي إلى التضادِّ، باعتبارِ أنه لا يحتاج إلى القبول؛ لأن الإبراء إسقاطٌ، وهبةُ الدَّين ممَّن عليه الدينُ إبراءٌ، [والتحليل من ألفاظ الإبراء]. وكذا لو قال المديونُ: أبرِئْني ممَّا لك عليَّ من الدَّين، أو هَبْه لي، أو حلِّلْني منه، فقال: ذلك إليك، ففعَل ما سألَه: برئ؛ لأنه سأله إبراءً بغير عِوَض [حيث أضافه إليه]، وربُّ الدَّين إنما يستقِلُّ بالإبراء إذا كان بغير عِوَض. قال بعضُ مشايخنا: هذا في عُرفهم، وأما في عُرفنا يجب أن لا يَبْرأ في الصُّورتَين[٤]؛ لأن قوله: أبرِئْ نفسَك،

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع (٥/ ٤٧٤).

(٢) وفي «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢١): «قال في «خزانة الأكمل»: لو أمره ببيع عبده، فباعه وسلمه إلى المشتري، وضمن الوكيل الثمن عن المشتري: فهو باطل، وكذا لو كفل به، أو احتال به على نفسه، بخلاف الوكيل في النكاح، متى ضمن المهر: صح، انتهى. وفي «الذخيرة»: الوكيل بقبض الثمن إذا كفل عن المشتري للموكل بالثمن الذي وكل بقبضه، حيث يجوز؛ لأن هناك المطالبة ثابتة للموكل قِبَل المشتري، فيصير الوكيل بهذه الكفالة متحملا مطالبة توجهت على المشتري للموكل، فيكون متحملا عن الغير للغير، فجاز».

(٣) في النسخ: (تفويض)، والمثبت من «غمز العيون».

(٤) في هامش (خ): (قوله: في الصورتين، وهما ما إذا ابتدأ رب الدين بالتفويض، أو فوض عقب سؤال المديون؛ لأن قوله: أبرئ نفسك، أي: بالأداء، وكذا قوله: ذلك إليك، أي: بأداء المال؛ لأن الإبراء =

أي: بالأداء، وكذا قوله: ذلك إليك؛ لأن الإبراء تارة بالإسقاط، وتارة بالاستيفاء، فلا يسقُط بالشكِّ»، «حموي»[١] عن «تلخيص الجامع» للمارديني.

(ولذا)، أي: لكونه توكيلا، لا تمليكًا، (لا يَتقيَّد بالمَجلس)، وقولُه: (ويصحُّ عزلُه)، عطفٌ على النفي، علَّةٌ ثانيةٌ، (وإن كان عاملًا لنفسه) بتفريغ ذِمَّتِه، لكنَّه عاملٌ لربِّ الدَّين بإسقاطِ دَينِه، وشرطُ الوكالة كونُه عاملًا لغيره، لا كونُه غيرَ عاملٍ لنفسه، «منية المفتي»[٢].

وقد أورَد في «المنح» هذا الاستثناءَ نقضًا على كون الوكيل عاملًا لغيره، لا لنفسه، وأجاب بما قلناه من أن الشرط كونُه عاملًا لغيره، لا لنفسه، لا كونُه غيرَ عاملٍ لنفسه، ثم نقل عن «الزيلعي» جوابًا آخر أنه تمليكٌ، لا توكيلٌ، وردَّه بأنه غيرُ ظاهر؛ إذ لو كان تمليكًا: لم يصِحَّ رجوعُ الدائن عنه قبل إبرائه نفسَه، مع أنه صحيحٌ، كما في «البحر»[٣]، انتهى.

وجوابُه الأوَّلُ فيه: أنه يرُدُّه ما تقدَّم من أنه متى كان عاملًا لنفسه بطَلت، إلا أن يُحمَل على ما قيَّدناه به. ولا يخفى أن عبارة المُصنِّف هنا لا تُفيد الجوابَ عن البعض، بل ظاهرها الجزمُ بذلك، فليُحرَّر.

وهذا (بخلاف ما إذا وكَّله)، أي: الدائنُ المديونَ، (بقَبْض الدَّين من نفسِه[٤])،

= تارة بالإسقاط، وتارة بالاستيفاء، انتهى، أي: فلا يسقط الدين بالشك).

(١) «غمز عيون البصائر» (٣/ ١٧ ـ ١٨).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢١).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الطلاق، باب تفويض الطلاق، فصل في المشيئة (٣/ ٣٥٤).

(٤) في هامش (خ): (قوله: بخلاف ما إذا وكله بقبض الدين من نفسه. في «الخانية»: رجل له على رجل دين، فوكله بقبض الدين من نفسه أو عبده: لا يصح توكيله).

أو من عبده: فإنه لا يصحُّ، كما في «البزازية»[١]؛ «للتَّضادِّ في التسلُّم والتسليم، فلا ينفرِد به الواحدُ، كما في البيع وأخَواته من الإجارة والكتابة»، «بيري»[٢].

[فائدة: إمساكُ الوكيل مالَ الموكِّل ودفعُه مالَ نفسه: تعدٍّ، إلا في مسائل]

(الوكيلُ إذا أمسَك مالَ المُوكِّل، ودفَع مالَ نفسِه: فإنه يكون مُتعدِّيًا)، فيضمَن إذا هلَك، (فلو أمسَك دينارَ المُوكِّل، وباعَ دينارَه: لم يصحَّ، كما في «الخلاصة»). «وعبارتُها: «وفي «الأصل»: لو اشترَى بدنانيرَ غيرها[٣]، ثم نقد دنانيرَ المُوكِّل: فالشِّراءُ للوكيل، وضمن للمُوكِّل دنانيرَه؛ للتعدِّي»[٤]، ثم قال: «والوكيلُ ببَيع الدنانير، إذا أمسك الدنانير، وباع دنانيره: لا يصحُّ»[٥]، انتهى. وبه يُعلَم ما في نَقْل المُصنِّف عنه[٦].

وفي «الخانية»: لو دفع إلى رجل دينارًا، وأمَره أن يَبِيعَه، فباع المأمورُ دينارًا من عند نفسه، وأمسك دينارَ الآمِر لنفسه، قال أبو يوسف: لا يجوز. ولو دفع إلى رجل دينارًا ليَشتري له به ثوبًا، فاشترى بدينارٍ من عند نفسه: جاز شِراؤُه للآمِر، ويكون الدينارُ له. وكذا إذا دفَع إلى رجل دينارًا ليَقضِي غريمًا له، فقضَاه من مال نفسِه، وأمسَك الدينارَ لنفسه: جاز»[٧]، انتهى»[٨].

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الثالث فيها بقبض الدين (٥/ ٤٧٠).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٢).

(٣) أي: غير التي دفعها إليه الموكل.

(٤) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوكالة، بداية الفصل الخامس في الوكالة بالشراء (٤/ ١٥٨).

(٥) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوكالة، الفصل الخامس في الوكالة بالشراء (٤/ ١٥٩).

(٦) في هامش (خ): (قوله: وبه يعلم ما في نقل المصنف. قال أبو السعود: لم يظهر وجهه، انتهى). والشارح ينقل كلام «الحموي» (٣/ ١٨).

(٧) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالخصومة (٣/ ١٧).

(٨) «غمز عيون البصائر» (٣/ ١٨ ـ ١٩).

(إلا في مسائلَ) لو أمسَك مالَ المُوكِّل، ودفَع من مالِ نفسِه: لا يضمَن فيها.

(الأُولى: الوكيلُ بالإنفاق على أهله)، لو أنفَق من مال نفسِه، وأمسَك مالَ المُوكِّل: لا يضمَن استحسانًا، والقياس أن يضمن؛ لأنه خالَفه. وجهُ الاستحسان: أنه لا يستصحِبُ مالَ الآمر في كلِّ مكان، فهو حينئذ كوكيلٍ بالشِّراء، فيَملِك النقدَ من مال نفسه.

(وهي)، أي: هذه، (مسألة «الكنز»[1]). وقيَّده في «النهاية» بما إذا كانت الدراهمُ قائمةً، أضاف العقدَ إليها أو لا. ولو هلَكت، وأضافَ العقدَ إلى دراهمه: يصير مُشتَريًا لنفسه مُتبرِّعًا في الإنفاق؛ لتعيين الدراهم في الوكالة، انتهى.

(الثانية: الوكيلُ بالإنفاق على بناءِ دارِه، كما في «الخلاصة»[2]).

(الثالثة: الوكيل بالشِّراء إذا أمسَك المدفوعَ إليه، ونقَد من مال نفسِه): جاز؛ «لأنه لم يتعيَّن هذا الدينارُ ثمَنًا، بل الثمن يجب بالعقد في الذِّمَّة، وقد دفع دينارَه، فصار في ذِمَّته، فأخَذ دينارًا بدينارٍ له عليه»، «بيري»[3].

(الرابعة: الوكيلُ بقضاء الدَّين كذلك)، أي: لو دفَع من مال نفسِه، وأمسَك المدفوعَ إليه: جاز.

(وهما في «الخلاصة»)، وعبارتُها: «لو اشترى ما أُمِر به، ثم أنفَق الدراهمَ بعدما

---

(١) عبارة «كنز الدقائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالخصومة والقبض (ص ٤٩٢): «ومن دفع إلى رجل عشرة ينفقها على أهله، فأنفق عليهم عشرة من عنده: فالعشرة بالعشرة».

(٢) قال فيها في كتاب الوكالة، الفصل الخامس في الوكالة بالشراء (٤/ ١٥٩): «وفي «الجامع الصغير»: وكذا لو أمره أن ينفق هذا الدينار في بيته، فأنفق من مال نفسه: جاز استحسانًا. والوكيل بالإنفاق في البيت، والوكيل بالإنفاق في البناء سواء».

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٣).

اشترى للآمِر[١]، ثم نقَد البائعَ غيرَها: جاز»[٢]. «ولو أمَره أن يقضِيَ دينَه بهذا الدينار، فقضَى من مال نفسِه، وأمسَك الدينارَ: جاز»[٣]، انتهى.

(وقيَّد) المسألةَ (الثالثةَ فيها)، أي: «الخلاصة»، (بما إذا كان المالُ قائمًا[٤])، «فلو كان[٥] [وقتَ إنفاقِه] مستهلكا، ولو بصَرْفِها لدَينِ نفسِه، أو أضافَ العقدَ إلى دراهمِ نفسِه: ضمِن، وصار مُشتَريًا لنفسه مُتبرِّعًا في الإنفاق؛ لأن الدراهم تتعيَّن في الوكالة»، انتهى، «در مختار»[٦].

«قيل عليه: يُفيد أنه لو اشتَرى بالمدفوعِ إليه شيئًا لنفسه، ثم اشترى بمال نفسِه المأمورَ بشرائه للمُوكِّل: لا يجوز، ولا ينفُذ على المُوكِّل، وقضيَّتُه نفوذُه على نفسه، ويكون ضامنًا مالَ الموكِّل. لكن يبقى ما لو كان المدفوعُ غيرَ النقدَين، مثليًّا أو قيميًّا، فاشترى به لنفسه، وكان المدفوعُ قائمًا[٧] في يدِ من اشترى منه، هل للمُوكِّل المُطالَبةُ بعَينِ مالِه، أم يُضمِّن الوكيلَ المثلَ أو القيمة؟ محلُّ تأمُّل، والظاهر الأوَّلُ»، «حموي»[٨].

---

(١) كذا في النسخ و«غمز العيون». وفي «الخلاصة»: (بعدما سلم إلى الآمر).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوكالة، الفصل الخامس في الوكالة بالشراء (٤/ ١٥٨).

(٣) استحسانًا. «خلاصة الفتاوى» (٤/ ١٥٩).

(٤) وفي «الخلاصة»، كتاب الوكالة، الفصل الخامس في الوكالة بالشراء (٤/ ١٥٨ ـ ١٥٩) أيضًا: «وفي «الجامع الكبير»: إذا دفع إلى إنسان ألف درهم، فأمره أن يشتري بها جارية، فاشترى ثم هلك الثمن قبل أن ينقد البائع: يهلك من مال الآمر. فإن دفع الآمر الألف إلى الوكيل بعدما اشترى، فهلك قبل أن ينقد البائع: يهلك من مال المأمور».

(٥) أي: المال المدفوع للوكيل.

(٦) «الدر المختار»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالخصومة والقبض (ص ٥٠٧).

(٧) في «غمز العيون»: (باقيا).

(٨) «غمز العيون» (٣/ ١٩).

(الخامسة: الوكيلُ بإعطاء الزكاة إذا أمسَكه، وتصدَّق بما له ناوِيًا الرجوعَ[١] على الآمِر: أجزَأه، كما في «القنية»). وقيَّد بأنه أمسَكه؛ «لأنه لو أنفَقه على نفسه، ثم تصدَّق بمالِ نفسه: فإنه يضمن»، كما في «البيري»[٢].

(السادسة)، «وقَع في نُسخة المُصنِّف بياضٌ بعد قوله: السادسة، ولعلَّها ما في «الخانية»: «رجلٌ دفع إلى رجل عشرةَ دارهم، وأمَره أن يتصدَّق بها، فأمسَكها الوكيلُ، وتصدَّق بعشرة من عنده: جاز استحسانًا، وتكون العشرةُ له بعشرة»، «حموي»[٣].

قال شيخُنا: وهذه الصورة هي الخامسةُ، فتأمَّل[٤].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ناويا الرجوع، أي: ناويا جعل الذي قبضه من الموكل عوض ما تصدق به من مال نفسه، انتهى، «أبو السعود»).

(٢) وعبارته (٢/ ٢٢٣): «وفي «خزانة الأكمل»: فلو دفع إليه عشرة ليتصدق بها، فأنفق تلك الدراهم على نفسه، ثم أخذ عشرة من ماله، فتصدق بها: ضمن العشرة. وأما لو تصدق أولا، ثم أنفق تلك العشرة: صح استحسانا، انتهى. قال في «الملتقطات»: لأنه لا تفاوت بينهما، فصار كأنه تصدق بعينها».

(٣) «غمز العيون» (٣/ ١٩). وعبارة «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالخصومة (٣/ ١٧): «رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم، وأمره أن يتصدق بها، فأنفقها الوكيل، ثم تصدق عن الآمر بعشرة من ماله: لا يجوز، فكان ضامنا للعشرة. ولو كانت الدراهم قائمة، فأمسكها الوكيل، وتصدق من عنده بعشرة: جاز استحسانًا، ويكون العشرة له».

(٤) نقل البيري في الخامسة عن «خزانة الأكمل» ما هو مثل ما ذكره الحموي عن «الخانية» هنا، وقد ذكرت ما ذكره البيري في التعليق على الخامسة، والله أعلم.

وفي هامش (خ): (قوله: هي الخامسة، أي: التي تقدمت بالعزو إلى «القنية»؛ بناء على أن قوله: ناويا الرجوع، قيد في السادسة أيضا، على ما هو الظاهر، وإنما ترك التصريح به لظهوره؛ لأنه إذا لم ينو الرجوع يكون متصدقا بمال نفسه، فلا يرجع، «أبو السعود»).

[مطلب: في إبراء الوكيل بالبيع أو الإجارة عن الثمن]

(**إبراءُ الوكيلِ بالبيع المشتريَ عن الثمن قبل قبضِه، وكذا هبتُه**) قبل القبض، (**صحيحٌ عند أبي حنيفة**) رحمه الله تعالى، «ولا بد من تقييدِه، كما في «العمادية»، بما إذا كان الثمنُ دَينًا؛ لأنه قال: وأجمعوا أنه إذا كان عينًا، فوهَبه الوكيلُ من المُشتري قبل القبض: لا تصحُّ هبتُه، وكذلك لو كان الثمنُ من النُّقود، فقبَضه ثم وهَبه من المشتري: لا يصحُّ»، كذا في «البيري»[1].

«وقيَّد الوكيلَ بالبيع؛ لأن «الوكيلَ بقبضِ الثمَن من المشتري: لا يصحُّ إبراؤُه المشتري عن الثمن»، كما في «الخانية»[2].

والوكيل بالإجارة إذا أبرَأ المُستأجِرَ من الأجر أو وهَبه، إن أبرَأه عن البعض، أو وهَب له البعضَ، والأجرُ دَينٌ: جاز إجماعًا. وإن أبرَأه عن الكُلِّ، أو وهَب له الكُلَّ، إن كان الأجرُ دينًا: لا يصحُّ في قول الثاني آخِرًا، وفي قوله أوَّلًا، وهو قولهما: يصحُّ؛ اعتبارًا بفعلِ المُوكِّل، ولا تبطُل الإجارةُ. وإن كان الأجرُ عينًا: لا يصحُّ حتى يَقبل المُستأجِرُ، وإذا قبِل: بطَلت الإجارةُ؛ لأن الأجرَ بمنزلة المَبيع، والمشتري إذا وهَب المبيعَ قبل القبض: بطل البيعُ»، انتهى»[3].

(**وأما حطُّ الكُلِّ عنه، فغيرُ صحيحٍ عندهما، خلافًا لمحمَّد، كذا في حيل «التاتارخانية»**[4])؛ «لأن **الحطَّ يلتحِق بأصل العقد**، كالزيادة، والتحاقُه يستلزم صحَّة

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٣).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالبيع والشراء (٣/ ٢٤).

(٣) انظر: «غمز عيون البصائر» (٣/ ١٩ ـ ٢٠).

(٤) عبارة «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الحيل، الفصل السابع عشر في الحيلة في الوكالة (١٠/ ٤٢٤): «الوكيل بالبيع إذا باع، وأراد المشتري أن يحط الوكيل عنه شيئا من الثمن، ففعل الوكيل: فذلك =

البيع بغير ثمن، وهو باطلٌ؛ لأن الثمن ركنٌ في البيع»، «حموي»[١].

«ولم يتعرَّض لحُكم ما إذا حطَّ عنه الأجرَ أو بعضَه، فليُنظَر»، «حموي»[٢].

والمرادُ بالدَّين: ما لا يتعيَّن بالتعيين، وهو النُّقود، وبالدَّين: ما يتعيَّن به، وهو العُروض.

[ضابط: من ملك تصرُّفًا بالأصالة أو الولاية العامَّة: ملك تمليكَه]

(ومما خرَج عن قولهم: يجوز التوكيلُ بكلِّ ما يَعقِده الوكيلُ[٣] بنفسه[٤]: الوصيُّ، فإنَّ له أن يشتريَ مالَ اليتيم لنفسِه، والنفعُ)، أي: والحالُ أن النفع، (ظاهرٌ، ولا يجوز أن يكون) الوصيُّ (وكيلًا في شرائه)، أي: مال اليتيم، (للغير، كما في بُيوع «البزَّازية»[٥]).

= جائز على قول أبي حنيفة ومحمد، فمن مذهبهما أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن، أو وهب الثمن منه، أو حط بعض الثمن عنه: صح، ويضمن مثل ذلك للموكل من ماله، وعلى قال أبي يوسف: لا يصح شيء من ذلك..... ثم اعلم بأن إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن جميع الثمن، أو عن بعضه، وهبة جميع الثمن، أو بعضه قبل قبض الثمن صحيح عند أبي حنيفة ومحمد، وكذلك حطه بعض الثمن عن المشتري قبل قبض الثمن صحيح عندهما. فأما حطه كل الثمن عن المشتري قبل قبض الثمن، لا يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويصح عند محمد، ويجعل بمنزلة الهبة».

(١) «غمز العيون» (٣/ ٢٠).

(٢) «غمز العيون» (٣/ ٢٠). وفي هامش (خ): (قوله: ولم يتعرض... إلخ. تبع الحموي في ذكر هذه العبارة، ولم يظهر لي وجه التوقف؛ لأن الحط للكل يرجع لهبة الكل، أو الإبراء منه، وكذا يقال في البعض، فليتأمل، كذا بخطي بهامش «الحموي» قديما).

(٣) قال الحموي (٣/ ٢٠): (الذي قالوه: يجوز التوكيل بكل ما يعقده **الموكل** بنفسه).

(٤) كذا في النسخ. وفي «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون» و«عمدة ذوي البصائر»: (لنفسه).

(٥) عبارة «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الثامن في بيع أب وأو ووصي (٤/ ٤٧٧): «أمر إنسان الوصي أن يشتري له، فاشتراه من اليتيم: لا يجوز، بخلاف ما إذا اشتراه لنفسه، والنفع ظاهر».

اعلم أنهما قالوا: **كلُّ عقدٍ يجوز أن يَعقِدَه الإنسانُ بنفسه يجوز أن يُوكِّل به غيره**، كما في «الهداية»(١)، والأمرُ في الوصيِّ كذلك في مال اليتيم، فإنه كما يجوز أن يشتَرِيَه لنفسه عند ظُهور النفع: يجوز له أن يُوكِّل فيه غيرَه. ولم يقُولوا: كلُّ ما يعقِده الإنسانُ بنفسه جاز أن يكون وكيلا فيه، حتى يَتِمَّ ما ذكره من خروج مسألة الوصيِّ(٢)؛ فإن الوصيَّ إذا أمَره إنسانٌ أن يشتَري له من مال اليتيم شيئًا: لا يجوز، ولو اشترى لنفسه: جاز.

والفرقُ: أن حقوق العقد ترجع إليه في جانب اليتيم والموكِّل، فيُؤدِّي إلى المُضارَّة، بخلاف نفسه، وهذا الفرق مبنيٌّ على **أصل**، وهو أنَّ **مَن يملِك تصرُّفًا بالأصالة والوِلاية العامَّة: يملك تمليكَه**؛ اعتبارًا بتمليك الأعيان، وشرطُه: أن لا يُؤدِّيَ ذلك التفويضُ إلى التَّضادِّ والتنافي، وهو أن يُجعَل المُفوَّضُ إليه مُتولِّيًا طرَفَي أمرٍ يحتاج فيه إلى الإيجاب والقبول، كمُبادَلة المالِ بالمال، فإنه يُؤدِّي إلى أن يصير الواحدُ مُسلِّمًا ومُسلَّمًا، قاضِيًا ومُقتضِيًا، وهذا تناقُضٌ في الأحكام(٣).

وأُورِد عليه أيضًا بعدم الجامعيَّة وعدم المانعيَّة(٤)؛ أما الأوَّل، فلأنَّ الذِّمِّيَّ يملك بيعَ الخمر بنفسِه، ولا يملك التوكيلَ للمسلم فيه. وأما الثاني، المسلم، فلا يجوز له بيعُ الخمر بنفسه، ويجوز له أن يُوكِّل فيه ذِمِّيًّا.

وأُورِد عليه أيضًا الوكيلُ، فإن مُباشَرته جائزةٌ فيما وُكِّل به، ولا يجوز له أن

(١) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، أوائل كتاب الوكالة (٧/ ٥٠١).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٠).

(٣) والأحكام الشرعية تصان عنه، ذكر هذا الأصل محمد في «الجامع الكبير»، كذا في «الحموي».

(٤) قال الحموي (٣/ ٢٠): «وأورد على الأصل الذي ذكروه أنه ليس بمطرد، ولا منعكس. أما الطرد، فيرد عليه الذمي... إلخ».

يُوكِّل غيرَه، والمُستقرِضُ يجوز له مُباشَرة الاستقراض، ولا يجوز له التوكيلُ فيه، ووكيلُ الأب لا يجوز له أن يُزوِّج بنتَه بأقلَّ من مهر المثل، بخلاف الأب. وأُجيب بأن هذا ضابطٌ للمُوكَّل به، وليس حدًّا، فلا يَرِدُ مسألةُ الذِّميِّ والمُسلم.

لكن في «النهاية» أن هذا ضابطٌ كُلِّيٌّ، فيُجاب بما قاله الحَمَويُّ: «إن ذلك عارضٌ في الوكيل؛ لأنه مَنهِيٌّ عن اقتراب الخمر، **والعَوارِضُ لا تقدَح في القواعد**، وعن الثاني بأن المراد: لنفسه[١]، والوكيلُ إنما يملك العقدَ لمُوكِّله، لا لنفسِه، فلا يَرِد توكيلُ الوكيلِ لآخَرَ، وعن التزويج بأنه إنما وكَّله بالتزويج، لا بالتزويج بأقلَّ من مهر المثل، وعن الاستقراض بأن محلَّ عقدِ الوكالة في الشراء هو الثمنُ، وهو ملكُ المُوكِّل، وفي الاستقراض هو الدراهمُ المُستقرَضة، وليست ملكَه[٢]، تأمل.

[فائدة: الآمر إذا قيَّد الفعلَ بالزمانِ لايتوقَّت بمُضِيِّه]

(الآمِرُ إذا قيَّد الفعلَ بالزمان، كـ: بِعْ هذا غدًا[٣]، أو أعتِقْ هذا غدًا، ففعَله المأمورُ بعد غدٍ: جاز) «ونفَذ، ولا يتوقَّت بمُضِيِّ الغد؛ لأن الوقت للتعجيل، لا للتوقيت، إلا إذا دلَّ الدليلُ على خلافه[٤]، وكذا لو قال: أعتِقْه اليومَ، فأعتَقه غدًا[٥]، بخلاف العكس[٦]، كما في «خزانة الأكمل»[٧].

---

(١) أي: بأهلية نفسه على سبيل الاستبداد، والوكيل إذا لم يأذن له الموكل في التوكيل: لا يتصرف فيما وكل به مستبدا، كذا في «الحموي».

(٢) انظر: «غمز عيون البصائر» (٣/ ٢٠ـ ٢١).

(٣) ويكون وكيلا له غدًا وبعد الغد، ولا ينعزل بمضي الغد، كذا في «البيري» عن «خزانة الأكمل».

(٤) كذا في «الخانية»، كتاب الوكالة (٣/ ٥).

(٥) يجوز استحسانا، لا قياسا.

(٦) أي: لو وكله بعتقه غدا، فأعتقه اليوم: لم يجز.

(٧) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوكالة، عتق (٤/ ٢٢٦).

وفي «الخانية»: «لو قال: بِعْ عبدي اليومَ، أو اشتَرِ لي عبدًا اليومَ، فاشترى غدًا، فيه روايتان، و**الصحيح** أن الوكالة لا تبقى بعد اليوم[١].

وأما الوكيل بالشرط، فيصحُّ عزلُه قبلَ [وجود] الشرط عند محمد[٢]، **وعليه الفتوى**»[٣].

(كذا في حجِّ «الخانية»). «قال فيها: دفع الوصيُّ المالَ إلى رجل ليحُجَّ عن الميِّت في هذه السنة، فأخَذ وأحرَم بالحجِّ من قابِل: جاز عن الميِّت، ولا يكون ضامنًا مالَ الميِّت؛ لأن ذِكْر السَّنَة يكون للاستعجال، لا للتوقيت[٤]، كما لو وكَّل رجلا بأن يُعتِقَ عبدَه أو يَبيعَه غدًا، فأعتق أو باع بعد الغد: جاز[٥]»، انتهى.

والحاصل: أنه فرَّق بين ما إذا وكَّله غدا ففعَل بعده: فإنه يجوز اتفاقًا، وبين ما إذا وكَّله اليومَ ففعَل بعده، ففيه خلافٌ[٦]، فليُنظَر الفرقُ»، «حموي»[٧].

[فائدة: مَن ملَك التصرُّفَ في شيءٍ ملَكه في بعضه]

(من ملَك التصرُّفَ في شيء ملَكه في بعضه، فلو وكَّله في بيع عبدٍ، فباع نصفَه: صحَّ عند الإمام، وتوقَّف عندهما) على إجازة المُوكِّل أو بيعِ النصفِ الثاني.

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة (٣/ ٥).

(٢) خلافا لأبي يوسف.

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٤).

(٤) في «الخانية»: (دون التقييد).

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحج، فصل في الحج عن الميت (١/ ٣٠٩).

(٦) والصحيح أن ذكر اليوم للتوقيت، لا للاستعجال، كذا في «الحموي».

(٧) انظر: «غمز عيون البصائر» (٣/ ٢٢).

وقيَّد ببيع نصفِه فقط؛ لأنه لو باع نصفَه الآخرَ من آخَر: جاز عندهم.

وقيَّد بالبيع؛ لأنه لو وكَّله بالشِّراء، فاشتَرى نصفَه: لا يلزم المُوكِّل، إلا إذا اشترى النصفَ الآخَر قبل أن يَتفاسَخا[١].

وقيد بالعبد؛ لأنه «لو وكَّله ببيع شيءٍ مما يُكال أو يُوزَن، فباع بعضَه: جاز اتفاقا. وعكسُ القاعدة: كلُّ مَن ملَك التصرُّف في البعض: لا يملكه في الكلِّ. [قال] في «الذخيرة»: وكَّله بعتق بعضِ عبدِه، فأعتَق كُلَّه: لا يجوز، ولا يَعتِق شيءٌ منه عنده، وعندهما: يَعتِقُ كلُّه. ولو وكَّله بعتقِ كُلِّه، فأعتَق نصفَه: صحَّ عنده، وعندهما: يَعتِق كلُّه[٢]»، «بيري»[٣].

(أو) وكَّله (بشِراء عبدَين مُعيَّنَين، ولم يُسمِّ ثمنًا، فاشترى أحدَهما) بمثل الثمنِ، أو بما يَتغابَن الناسُ فيه: صحَّ، وبغَبْن فاحشٍ: لا.

ولو أمَره أن يَشترِيَهما بألف، فاشترى أحدَهما بخمسِمائة أو أقلَّ: جاز، وبأكثر[٤]: لا، ولا يلزَم الآمِرَ، إلا إذا اشترى الآخَرَ بما بقي من الألف قبل أن يَختصِما، قلَّت الزيادةُ أو كثُرت. وقال أبو يوسف: إذا اشترى أحدَهما بما يَتغابَن الناسُ فيه، وبقي من الألف ما يشتري به الآخَرَ: جاز[٥].

---

(١) كذا في «الحموي» (٣/ ٢٢) عن «الخانية».

(٢) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوكالة، الفصل الخامس عشر في التوكيل بالخلع والطلاق والنكاح والعتاق (١٥/ ٣٥٢).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٥).

(٤) أي: وإن اشترى أحدهما بأكثر من خمسمائة: لا يلزم الآمر، كذا في «الحموي» عن «الخانية».

(٥) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٢ ـ ٢٣). وتمامه: «ولو دفع إلى آخر دراهم، وقال: اشتر لي بها شيئا، لم =

(أو) وكَّله (بقبض دَين: ملَك قَبْضَ بعضِه، إلا إذا نصَّ على أن لا يقبِض إلا الكُلَّ معًا، كما في «البزازية»[(١)])، فلو قبَضه [كلَّه][(٢)] إلا درهمًا: لم يجُزْ قبضُه على الآمر، وكان للآخَر أن يرجع على الغريم بحقِّه كلِّه، وكذا لو قال: لا تقبِضْ درهمًا دون درهم، فقبَض شيئًا دون شيء، كما في «كافي» الحاكم[(٣)].

(وإذا وكَّله بشِراء عبدٍ) ونحوِه مما في تبعيضِه ضرَرٌ[(٤)]، (فاشترى نصفَه: توقَّف الشِّراءُ ما لم يَشترِ الباقيَ، كما في «الكنز»[(٥)])، قبلَ الخُصومة إلى القاضي، فإن اشتراه قبلها: نفَذ على المُوكِّل، وبعدها يلزم الوكيلَ إجماعًا.

= يجز التوكيل، إلا أن يكون على وجه البضاعة، ولو قال: اشتر لي بها شيئا على ما ترى وتختار، جاز التوكيل».

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الثالث فيها بقبض الدين (٥/ ٤٧٠).

(٢) في النسخ: (حينئذ)، والمثبت من «البيري».

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٥).

(٤) قال الحموي (٣/ ٢٣): «وضع المسألة في عبد غير مُعيَّن، كما في «المجمع»، وإنما هي موضوعةٌ في عبد معين؛ قال في «البدائع»: الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه: فالشراء موقوف، إن اشترى باقيه قبل الخصومة: لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة؛ لأنه امتثل أمر الموكل، وعند زفر: يلزم الوكيل. ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي، وألزم القاضي الوكيل، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك: يلزم الوكيل بالإجماع؛ لأنه خالف بذلك. هذا في كل ما في تبعيضه ضرر، وفي تنقيصه عيب، كالعبد والأمة والدابة والثوب، وما أشبه ذلك، كذا في «حواشي» العلامة قاسم على «شرح المجمع»».

(٥) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء (ص ٤٨٨). قال: «وفي الشراء: يتوقف ما لم يشتر الباقي».

[فائدة: الوكيل إذا وكَّل بغير إذن، وأجاز ما فعَله وكيلُه: جاز، إلا الطلاق والعتاق]

(الوكيل إذا وكَّل بغير إذنٍ أو تعميم، وأجاز ما فعَله وكيلُه: جاز[١])، «سواء كان حاضِرًا أو غائبًا[٢]»، «حموي»[٣].

وفي «البيري»: «إذا كان غائبًا[٤]، كما في «الظهيرية»[٥]: الوكيلُ بالبيع والشِّراء إذا وكَّل غيره، فباع ذلك الغيرُ أو اشترى، والأوَّل حاضرٌ: فهو لازمٌ»[٦].

وهذا إذا لم يُبيِّن الثمنَ، وإلا فلا يَتوقَّف على إجازته، فلو قدَّر[٧] للوكيل الثاني ثمنًا، وقال: بِعْه بكذا، فباعَه بغَيبته: جاز بلا إجازة الأوَّل؛ لأن المقصود في الوكالة الاعتماد على رأي الوكيل، وقد حصَل، وقيل: لا يجوز إلا بإذنه[٨]، وحقوق العقد ترجع إلى الأوَّل أو الثاني، فيه خلافٌ، وصحَّح الزيلعيُّ و«الخانية» أنها ترجع إلى الثاني[٩].

---

(١) في هامش (خ): (انظر ما تقدم من قول المصنف: لا يوكل الوكيل إلا بإذن او تعميم تفويض... إلخ).

(٢) قال: «والمحفوظ أنه إن حضر فعل الثاني: صح، وإلا فلا».

(٣) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٣).

(٤) أي: الوكيل الأول أو الموكل الثاني.

(٥) كذا في النسخ. وفي «البيري»: (وفي «مختصر الظهيرية»).

(٦) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٥).

(٧) أي: الوكيل الأول.

(٨) لأن الأول لو كان هو الذي باشر ربما يبيع بالزيادة على ذلك المقدار لذكائه وهدايته، كذا في «الحموي».

(٩) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الوكالة، آخر باب الوكالة بالبيع والشراء، فصل: الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له (٤/ ٢٧٧)، و«فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالبيع والشراء (٣/ ٢٠).

والتقييد بإجازة الوكيل اتفاقي؛ إذ لو أجاز الأولُ: جاز، كما لو باعه فضوليٌّ، فأجازه المُوكِّلُ والوكيلُ: جاز، «بدائع»[١].

ويُشكِل بما إذا باشَر أحدُ الوكيلَين بحضرة الآخَر، حيث لا يُكتفى بحضرته، ولا بد من إجازته، وهنا اكتفَى بالحضرة من غير إجازةٍ. وأُجيب بأن المراد بالحضرة: الإجازةُ من الوكيل، لا مُطلَق حضرته من غير إجازة، كما في «الذخيرة»[٢].

(**إلا الطلاق، والعتاق**)، «والوكيل بالخُصومة، والوكيل بقضاء الدَّين، فإنهم لو وُكِّلوا، ففعَل الثاني بحضرة الأوَّل: لا يجوز، كما في «شرح المجمع» لابن ملَك.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الوكالة، فصل في بيان حكم التوكيل (٦/ ٢٨)، و«عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٥).

(٢) عبارة «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوكالة، الفصل السابع عشر في حكم وكيل الوكيل (١٥/ ٣٦١ ـ ٣٦٢): «ثم إن محمد رحمه الله قال في «الجامع الصغير»: إذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول: جاز، ولم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر في وكالة «الأصل» في موضع، وذكر في موضع آخر من وكالة «الأصل»، وشرط إجازته، فقال: إذا باع الوكيل الثاني، والوكيل الأول حاضر أو غائب، فأجاز الوكيل الأول: جاز».

وفي «الحموي» (٣/ ٢٤) بعد أن نقل ما ذكره الشارح عن «الذخيرة»: «وحينئذ فلا فرق. وقد ذكر محمد رحمه الله تعالى المسألة في «الجامع» و«الأصل» في موضع، ولم يشترط إجازة الأول، وذكرها في موضع آخر، وشرط إجازته، فذهب الكرخي وعامة المشايخ إلى أن المطلق محمول على المقيد؛ لأن توكيل الوكيل لما لم يصح لأنه لم يؤذن له في ذلك: صار وجوده وعدمه سواء، ولو عدم من الأول، حتى باع هذا الرجل، والوكيل غائب أو حاضر: فإنه لا يجوز عقد هذا الفضولي إلا بإجازته؛ لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا، كذا هنا، ومنهم من قال: في المسألة روايتان: وجه عدم الجواز، قد اندرج فيما ذكر، ووجه الجواز: أنه إذا حضر عند الثاني، ولم يمنعه: وجد رأيه فيه، وكان ذلك مقصود الموكل، فيجوز، كذا في «حواشي» العلامة قاسم».

وفي «الولوالجية»: ولو وكَّل رجلا في خصومة، أو تقاضي دَينٍ، أو بيعٍ أو شراءٍ، أو طلاق أو نكاح، فوكَّل الوكيلُ غيره: لم يجُزْ إلا أن يفعل بحضرة الوكيل الأوَّل، فإن وكَّل وفعَل الثاني بحضرة الأوَّل، فإن كان بيعًا أو شراءً: يجوز، وما عدا البيع والشراء من الخُصومة والتقاضي، والنكاح والطلاق، وغير ذلك: ذكر عصامٌ عن محمد أنه يجوز، وفي «الأصل»: لا يجوز، وهو **الصحيح**.

والفرق: أن الوكيل بالطلاق وما شاكَله رسولٌ؛ لأنه لا عُهدةَ عليه، وللرسول نقلُ عبارة المُرسِل، فإذا أمَر غيرَه: فإنما أمَره بنقلِ ملكِ الغير، فلا يصحُّ الأمرُ، وإذا لم يصحَّ: صار وجودُه وعدمُه سواءً. فأما الوكيل في باب البيع والشراء، أمَر الثاني بما يملكه؛ لأنه أمَره بالبيع، وهو مالكٌ للبيع بنفسه؛ فإن العبارة في البيع له، حتى كان حقوقُ العقد له، وكان ينبغي أن يصحَّ البيعُ الثاني في حال غَيبة الأوَّل، إلا أنه لم يصحَّ؛ لأنه لم يحضُر هذا البيعَ رأيُه، والمُوكِّل إنما رضِي بزَوَال ملكِه إذا حضَر رأيُ الأوَّل[1]، انتهى»، «حموي»[2].

[فائدة: التوكيل بالتوكيل صحيح]

(التوكيل بالتوكيل صحيحٌ، فإذا وكَّله أن يُوكِّل فلانًا في شراءِ كذا، ففعَل) المأمورُ، (واشترى الوكيلُ: رجَع الوكيلُ بالثمن على المأمور، وهو على آمِره، ولا يرجع الوكيلُ على الآمِر) ابتداءً، (كما في «فروق الكرابيسي»[3]). «ونصُّ عبارته: أمر رجلٌ رجلا بأن يُوكِّل له إنسانًا بشراءِ شيءٍ، ففعل المأمورُ واشترى الوكيلُ: يرجع بالثمَن على مُوكِّله، وهو المأمور، ثم المأمورُ على الآمر، ولا يرجع الوكيلُ

---

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوكالة، الفصل الأول فيما يجوز التوكيل (٤/ ٣٣٩ ـ ٣٤٠).

(٢) «غمز العيون» (٣/ ٢٤ ـ ٢٥).

(٣) قال الحموي (٣/ ٢٥): «أقول: الصواب: كما في «فروق المحبوبي»».

على الآمر ابتداءً، انتهى»[١]. وليس في هذا النقل خلَلٌ، كما ادَّعاه الحمَوي[٢].

[فائدة: الوكيل إذا كانت وكالتُه عامَّة: ملَك غيرَ الطلاق والعتق والوقف]

(**الوكيل إذا كانت وكالتُه عامَّةً مُطلقةً**)، كقوله: أنت وكيلي في كلِّ شيء، أو وكَّلتُكَ في أُموري، أو فوَّضتُ أمري إليك: (**ملَك كلَّ شيءٍ**) في **الصحيح**، (**إلا طلاقَ الزوجة، وعتقَ العبد، ووَقْفَ البيت، وقد كتبتُ فيها رسالةً**)، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وهو قولُ الإمام الأعظم.

واختار الصدرُ الشهيدُ قولَ محمد أنه يملك كلَّ ذلك، حتى الطلاق والعتاق، قال الصدر الشهيد: **وبه يُفتى**.

قال المصنف: وينبغي اعتمادُ ما اختاره الفقيه أبو الليث؛ لتصريح كثير من علمائنا بأنه **الأصحُّ**، و**الصحيحُ**، و**عليه الفتوى**؛ قال في «الخانية»: «لو قال: أنت وكيلي في كلِّ شيء: يكون وكيلا بحفظِ المال، لا غير، [هو **الصحيح**]. ولو قال: أنت وكيلي بكلِّ قليلٍ وكثير جائز أمرُك[٣]: يصير وكيلا في جميع التصرُّفات المالية، كالبيع والشراء والهبة والصدَقة، واختلفوا في الطلاق والعتاق والوقف، قال بعضهم: يملك ذلك؛ لإطلاق لفظ التعميم، وقال بعضهم: لا يملك ذلك إلا إذا دل دليلٌ سابقٌ على الكلام، وبه أخذ الفقيهُ أبو الليث.

وذكر الناطفيُّ أنه رُوي عن محمد أنه لو قال: أنت وكيلي في كل شيء جائزٍ صنعُك فيه، أنه وكيلٌ في المُعاوَضات والإجارات [والهبات والإعتاق، وعن أبي

---

(١) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٥).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٥).

(٣) كذا في النسخ. وفي «الخانية»: (أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك).

حنيفة: أنه وكيل في المعاوضات]، لا في الهبات والإعتاق، قال: **وعليه الفتوى**، وهذا قريبٌ مما اختاره أبو الليث[(١)].

وفي «فتاوى أبي جعفر»: لو قال: وكَّلتُكَ في جميع أُموري، وأقَمتُك مقامَ نفسي: لا تكون الوكالةُ عامَّة، ولو قال: وكَّلتُك في جميع أُموري التي يجوز التوكيلُ بها: كانت الوكالةُ عامَّةً، تَتناول البياعاتِ والأنكحة. وفي الوجه الأوَّل: إذا لم تكن عامَّة يُنظَر، إن كان أمرُ الرجل مُختلِفًا، ليس له تجارةٌ معروفة: فالتوكيل باطلٌ، وإن كان الرجل تاجرًا تجارةً معروفة: تنصرِف الوكالةُ إليها»[(٢)]، انتهى.

وفي «البزازية»: أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرُك فيه:، ملَك الحِفظَ والبيعَ والشِّراء، ويَملِك الهبةَ والصدقة، حتى إذا أنفَق على نفسه من ذلك المال: جاز، حتى يُعلَم خلافُه من قَصْد المُوكِّل. وعن الإمام: تخصيصُه بالمُعاوَضات، ولا يلي العتقَ والتبرُّعَ، **وعليه الفتوى**، وكذا لو قال: طلَّقتُ امرأتَكَ، ووهَبتُ، ووقَفتُ أرضَكَ: **فالأصحُّ** أنه لا يجوز»[(٣)]، انتهى.

وفي «الذخيرة»: «إنه توكيلُ بالمُعاوَضات، لا الإعتاقِ والهِبات، **وبه يُفتى**»[(٤)]، انتهى.

---

(١) هنا زيادة في النسخ: (وفي «الذخيرة»: «إنه وكيل بالمعاوضات، لا بالإعتاق والهبات، وبه يفتى). والظاهر أنها مقحمة؛ لأن النقل مستمر من «الخانية»، وليست هذه الزيادة فيها، ويتكرر هذا النقل بعد أسطر، فلا داعي لإيراده هنا. والله أعلم.

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة (٣/ ٢ ـ ٣).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، بداية الفصل الأول في التوكيل والعزل (٥/ ٤٥٩).

(٤) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوكالة، الفصل الأول في الألفاظ التي يقع بها التوكيل وفي شرائط صحة التوكيل (١٥/ ١٦٨).

وفي «الخلاصة»[١] كما في «البزازية».

والحاصل: أن التصحيح اختُلف فيه، **والمفتى به**: أن الوكيل وكالة عامَّةً يملك كلَّ شيءٍ إلا الطلاق والعتاق والوقفَ والهبة والصدقة، وينبغي أن لا يملِك الإبراءَ والحطَّ عن المديون؛ لأنهما من قَبِيل التبرُّع، فدخَلا تحت قولِ البزَّازي: «إنه لا يملك التبرُّع».

وهل له الإقراضُ والهبةُ بشرطِ العِوَض؟ ينبغي أن لا يَملِكَهما[٢]؛ لأن القرض عاريةٌ ابتداءً مُعاوَضةٌ انتهاءً، والهبة بشرطِ العِوَض هبةٌ ابتداءً مُعاوَضةٌ انتهاءً، ولا يَملكهما إلا من يملِك التبرُّعات، ولذا لا يجوز إقراضُ الوصيِّ مالَ اليتيم، ولا هبتُه بشرطِ العِوَض، وإن كان مُعاوَضةً انتهاءً، وكذا لا يملك قَبْضَ الدَّين واقتضاءَه وإيفاءَه، والدَّعوى بحُقوق المُوكِّل، وسَماعَ الدَّعوى بحقٍّ على المُوكِّل، والأقارير على المُوكِّل بالدُّيون، ولا يختصُّ بمجلس القاضي؛ لأن ذلك في الوكيل بالخُصومة، لا في الوكيل العامِّ[٣].

وهل له أن يُزوِّجَها من نفسه لو وكَّلَتْه وكالةً عامَّة؟ قال في «القنية»: «لو وكَّلَتْه توكيلا عامًّا في جميع أحواله وأُموره، فقالت: أنت وكيلي في كل شيءٍ، جائزٌ أمرُك عليَّ في جميع أُموري، وللمُوكِّل جَوَارٍ وأُمَّهاتُ أولاد: يصير وكيلا بتزويجِهنَّ، وله أن يُزوِّجَ إحداهُنَّ من نفسه»، انتهى، وهو يُفيد أنَّ له أن يُزوِّجَ المُوكِّلةَ من نفسه لو وكَّلَتْه وكالة عامة، لكن في «القنية»: «قالت: لرجل: زوِّجْني ممَّن شِئتَ، فزوَّجها من نفسه: لم يجُزْ»، ثم ذكر قولا آخَرَ، وقال: «نحن لا نُفتي بأنه لا يجوز»، انتهى.

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، بداية كتاب الوكالة (٤/ ١٤٩ ـ ١٥٠).

(٢) أي: بالتوكيل العامِّ.

(٣) إلى هنا في «غمز العيون» (٣/ ٢٥ ـ ٢٦).

ولكن هذه وكالةٌ مُطلَقة، وكلامُنا في العامَّة، ولا يخفى ما بينهما من الفرق.

وفي «الولوالجية»: «لو قالت المرأةُ: زوِّج نفسي ممَّن شئتَ، لا يملك أن يُزوِّجَها من نفسه»[(١)].

وفي «البحر»: وكَّلَتْه أن يتصرَّف في أُمورها: لا يملك تزويجَها من نفسه بالأَولى، كما في «الخانية»[(٢)]»[(٣)].

وهل له أن يَبيعَ من نفسه؟ الظاهر أنه له ليس له ذلك؛ لما يلزم عليه من كونه طالبًا ومُطالَبًا.

ولو وكَّله بصيغة «وكَّلتُكَ وكالةً عامَّةً مُطلَقةً مُفوَّضةً إلى رأيِك»، هل يَتناول الطلاقَ والعتاقَ؟ لم أرَه صريحًا، والظاهر أنه لا يملك ذلك على **المُفتَى به**، فإنه قد وُجِد ألفاظٌ في «قاضي خان» وغيره بأنها توكيلٌ عامٌّ، وحكَموا عليه بالعُموم، ومع ذلك قالوا بعدمه، انتهى ما في «الرسالة».

[فائدة: القولُ للمأمور بالدفع في براءة نفسِه عن الضمان، إلا في مواضع]

(**المأمورُ بالدفع إلى فلان إذا ادَّعى أنه دفَعه إليه، وكذَّبه فلان**) المدفوعُ إليه: (**فالقولُ له**)، أي: للدافع، (**في براءةِ نفسِه**) عن الضمان، (**إلا إذا كان غاصِبًا أو مديونًا**): فإنه لا يُصدَّق، (**كما في** «**منظومة ابن وهبان**»). قال فيها:

«وفي الدفع قُلْ: قولُ الوكيلِ مُـقدَّم   كذا قولُ ربِّ الدَّين والخصمُ يُجبَر»

---

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب النكاح، الفصل الثاني في التوكيل بالنكاح (١/ ٣١٩).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، فصل في الوكالة (١/ ٣٤٧).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب النكاح، باب الأولياء والأكفاء، فصل في بعض مسائل الوكيل والفضولي (٣/ ١٤٦).

قال شارِحُها السَّرِيُّ[١]: دفَع إلى آخرَ ألفَ درهم، وقال: اقضِ بها دَيني لفلان، فقال المأمور: قضَيتُ بها دَينك، وقال صاحبُ الحقِّ: لم تقضِ شيئًا، فالقولُ قولُ الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، وهذا معنى قوله: «وفي الدَّفع قُلْ: قولُ الوكيل مُقدَّم»، يعني: على قول المُوكِّل أنه ما دفَع، وعلى ربِّ الدَّين أنه ما قبَض، في حقِّ البراءة فقط، لا في حقِّ سُقوط المُطالَبة، حتى كان القولُ قولَ ربِّ الدَّين أنه ما قبَض، ولا يسقُط دينُه عن المُوكِّل، وهذا معنى قوله: «كذا قولُ ربِّ الدَّين»، يعني: مُقدَّمٌ على قول المُوكِّل والوكيل في عدم سُقوط حقِّه، «والخصمُ»، يعني: المُوكِّل، «يُجبَر» على الدفع إليه.

ثم المُوكِّل إن كذَّب الطالبَ، وصدَّق الوكيلَ: حلَّفه[٢]، فإن حلَف: لم يظهَرْ قبضُه، وإن نكَل: ظهَر وسقَط حقُّه، وإن عكَس[٣]: حلَّف الوكيلَ.

وكذا لو أودَع رجل رجلا مالًا، وأمَره أن يدفَعه إلى فلان، فقال المُودَع: دفعتُه، وكذَّبه فلان: فهو على هذا التفصيل.

ولو كان المالُ مضمونًا على رجل، كالغصب في يدِ الغاصب، أو الدَّين على الغريم، فقال الطالبُ أو المغصوبُ منه: ادفَعْه إلى فلان، وقال المأمور: قد دفَعتُه إليه، وقال فلان: ما قبَضتُه، فالقولُ قولُ فلان أنه لم يقبِضْ، فلا يُصدَّق الوكيلُ على الدفع إلا ببيِّنة أو تصديق المُوكِّل، فإن صدَّقه المُوكَل: يَبرأ عن الضمان، ولكنَّهما لا

---

(١) أي: سري الدين، أبو البركات، عبد البر بن محمد بن محمد بن محمود، المعروف: بابن الشحنة، الحلبي القاهري الحنفي، المتوفى سنة ٩٢١هـ. انظر: «معجم المؤلفين» (٥/ ٧٧).

(٢) أي: الطالب.

(٣) أي: صدق الموكلُ الطالبَ، وكذب الوكيلَ.

يُصدَّقان على القابض، ويكون القولُ قولَه أنه لم يقبِض مع يمينه»[١].

إذا علِمت هذا: علِمتَ أن هذا الاستثناءَ الذي ذكره المُصنِّف ليس في «الوهبانية»، وإنما هو في «شرحها».

[فائدة: هلك المالُ في يدِ الرسول: هلَك على مَن هو رسولُه]

(بعَث المديونُ المالَ)، أي: مالَ الدائن، (على يدِ رسولٍ، فهلَك) المالُ، (فإنْ كان الرسولُ رسولَ الدَّائن: هلَك عليه)، أي: على الدائن.

بقِي: «لو ادَّعى رسولُ الدَّائن أنه دفعه إليه، وأنكَر الدائنُ، هل يكون القولُ قولَه في حقِّ براءةِ نفسه فقط، أو يَبرأ المديونُ؟ وهي من جُزئيَّات المسألةِ الأُولى، فإن قُلنا بالبراءة في حقِّ نفسِه فقط، كما يَقتضيه إطلاقُ المسألةِ الأُولى: أشكَل؛ لأن المديون لم يُقصِّرْ حيث أرسَله مع رسول الدائن بمُصادَقة الرسول على ذلك، وإن قلنا: يَبرأ المديونُ، كما في صورة الهلاك: كان مُوجَّهًا، ويلزم استثناءُ هذه الصورة من المسألة الأُولى، بأن يُقال: القولُ قولُ المأمور في حقِّ نفسِه فقط، إلا إذا كان رسولَ ربِّ الدَّين»، كذا في «الحموية»[٢].

(وإن كان) الرسولُ (رسولَ المديون: هلَك عليه)، أي: على المديون.

(وقولُ الدائن: ابعَثْ بها مع فلان، ليس) ذلك القولُ (رسالةً له)، أي: لفلان، (منه)، أي: الدائن، (فإذا هلَك: هلَك على المديون)؛ لأنه رسالةٌ من طرف المديون، فلا يَتمُّ الأداءُ قبل الوصول، (بخلاف قولِ) الدَّائن: (ادفَعْها إلى فلان، فإنه إرسالٌ، فإذا هلَك: هلَك على الدَّائن).

---

(١) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوكالة (١/ ٣٣١ ـ ٣٣٢).

وانظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٦ ـ ٢٧).

(٢) «غمز عيون البصائر» (٣/ ٢٧).

قال البيري: «الصواب أنه وكالةٌ، فيَتِمُّ بالقبض بوُصوله إلى الوكيل، كما في «البزازية»[(١)]»[(٢)]، انتهى.

(وبيانُه)، أي: الفرق بينهما، (في «شرح المنظومة»)، أي: «منظومة النسفي»[(٣)].

[فائدة: لا يصحُّ توكيلُ مجهولٍ، إلا لإسقاط عدمِ الرِّضا بالتوكيل]

(لا يصحُّ توكيلُ) شخص (مجهولٍ)، «كقوله: من باعَك عبدي هذا فقد أجَزتُه، فليس بتوكيل؛ لأنه مجهولٌ، «عتَّابية».

ولا يَرِدُ عليه ما في «التاتارخانية»: «قال: أيُّهما باعَ فهو جائزٌ، فأيُّهما باع: جاز، وكذا إذا قال: إن باعَه أحدُ هذَين الرجلين فهو جائزٌ، فأيُّهما باع: كان جائزًا[(٤)]، فقد جوَّز هذا التوكيلَ، مع أن الوكيل مجهولٌ[(٥)]؛ لأنه يُمكن الجمعُ بأن الجهالة إذا كانت فاحشةً: تَمنع الجوازَ، وإذا كانت يسيرةً كهاتَين المسألتَين: فلا تَمنع»، كما في «البيري»[(٦)] ـ «لأنها لا تُفضِي إلى المُنازعة».

---

(١) قال في «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الثالث فيها بقبض الدين، نوع في المأمور بدفعل المال لقضاء الدين (٥/ ٤٧١): «في «نوادر ابن رستم»: قال لمديونه: ابعث الدين مع غلامي أو غلامك، أو ابني أو ابنك، ففعل، فضاع في يد الرسول قبل الوصول: ضمن الدين، وضاع من المديون؛ لأنه رسالة، فلا يتم الأداء قبل الوصول، بخلاف قوله: ادفع الدين إلى غلامي أو غلامك، أو ابني أو ابنك؛ لأنه وكالة، فيتم القبض بوُصوله إلى الوكيل».

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٧).

(٣) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٨).

(٤) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع عشر في توكيل بعد توكيل بشيء واحد (١٢/ ٤١١). قال: «ولو قال: وكلت هذا أو هذا ببيعه: بطل قياسا، وصح استحسانا».

(٥) وهو أحدهما لا بعينه.

(٦) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٧ ـ ٢٢٨).

(إلا لإسقاطِ عدمِ الرِّضا بالتوكيل)، كما «لو كتَب في آخِر الصكِّ: فمَن قامَ بهذا الحقِّ فهو وكيل إن شاء الله؛ لأن العادة جرَت بكتابة ذلك[١] في الصكِّ، فيكون وكيلا بالخُصومة[٢]».

قال الزيلعي: «وفائدةُ [هذه] الكتابة رضا الخصمِ بالتوكيل؛ لأن التوكيل [بالخصومة] لا يجوز إلا برضا الخصم عند أبي حنيفة؛ لأن توكيلَ المجهول وإن كان لا يجوز، لكن لا يسقُط به حقُّه؛ لأن المَنْعَ لحقِّ الخصم، فإذا رضِي الخصمُ فقد أسقَط حقَّه، والإسقاطُ[٣] يجوز وإن كان مجهولا؛ إذ لا يُؤدِّي إل النِّزاع، ثم يُوكِّل مَن شاء، وقيل: لا يُفيد على قوله أيضًا، ويُفيد على قول ابن أبي ليلى»[٤]، انتهى.

قال البيري: «وفيه: أنه ليس [فيه] توكيلُ مجهولٍ حتى يُستثنَى»[٥]، انتهى.

(كما بيَّنَّاه في مسائلَ شتَّى من كتاب القضاء من «شرح الكنز»[٦]).

[فرع: قال: مَن جاءَك بعلامة كذا فَادْفَع ما لي إليه: لم يصحَّ]

(ومن التوكيل المجهول: قولُ الدائن لمَديُونه: من جاءَك بعلامةِ كذا، أو من أخَذ إصبعَكَ، أو قال لك كذا، فَادْفَع ما لي) عليك (إليه: لم يصِحَّ؛ لأنه توكيلُ مجهولٍ، فلا يَبْرأُ بالدفع إليه، كما في «القُنية»). «فلو لم يدفَعْها إليه

---

(١) أي: قولهم: من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه، أي: وكيل بالخصومة بإثبات ما فيه من الحق، كذا في «تبيين الحقائق».

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٨).

(٣) في النسخ: (فالإسقاط)، والمثبت من «تبيين الحقائق».

(٤) «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء، باب مسائل شتى (٤/ ١٩٩).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٨).

(٦) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب التحكيم، قال لآخر: لك علي ألف (٧/ ٤٣).

حتى هلَك: لا يضمن؛ لجوازِ أن غيرَ رسوله يأتي بتلك العلامة»، «بيري»[١].

وتردَّد في «القنية» فيما إذا قال المُودِع للمُودَع: مَن جاءَك بعلامةِ كذا، أو أخَذ من إصبعِكَ، أو قال لك كذا، فادفَعْ إليه الوديعة، هل يصحُّ هذا التوكيلُ أم لا لكونه توكيلَ المجهول، ويضمَن بالدفع، مع أنه جزَم هنا في مسألة الدَّين[٢] بعدم صحَّة التوكيل وعدمِ الإبراء بالدفع، وكلٌّ منهما توكيلُ مجهولٍ[٣].

ووجهُ الفرق: أن الأمين لا يَضمن بتَرْك الامتثال، وإنما يضمَن بالخلاف، والوديعةُ أمانةٌ، ولم يُوجَد فيها من المُودَع الخِلافُ، بخلاف الدَّين: فإنه يضمن فيه بالدفع لعدم صحَّة التوكيل، كذا في «البيري»[٤].

وفي «القنية»: وكَّل بعضُ الورثة إنسانًا يَستوفي نصيبَه من دُيون مُورِّثه على الناس، ولا يعلم الوكيلُ والمُوكِّل بعضَ مَن عليهم الدُّيونُ: يصح، به أفتَى تاجُ الدِّين أخو الحُسام الشهيد بعد التأمُّل والمُباحَثة الكثيرة[٥].

وفي «الولوالجية»: «رجلٌ غابَ، وأمَر تلميذَه أن يَبيعَ السِّلعةَ، ويُسلِّم ثمنَها لفلان، فباعَها وأمسَك الثمنَ عنده، [ولم يُسلِّمْه] حتى هلك: لا يضمن؛ لأن أستاذه

---

(١) نقله عن «الملتقطات». «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٨).

(٢) يريد بمسألة الدين ما سيأتي بعد فقرة من قوله: (وفي «القنية»)، إلى قوله: (والمباحثة الكثيرة).
ويشكل قوله أنه جزم فيها بعدم صحة التوكيل وعدم الإبراء بالدفع، وقد قال فيها: «يصح، وبه أفتى تاج الدين»، فالظاهر أنه جزم بالصحة، لا بعدم الصحة. والله أعلم.

(٣) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٨).

(٤) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٩). وقد ذكره تعليقًا على مسألة «الولوالجية» الآتية، ولم يذكر ما ذكر الشارح عن «القنية» أصلا.

(٥) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٢٨).

لا يَضِيق عليه الأداءُ عادةً، فلا يصير بتأخير الأداءِ ضامنًا»[١]، انتهى[٢].

[فائدة: الوكيل يقبل قوله بيمينه فيما يدعيه، إلا في مواضع]

(الوكيل يُقبل قولُه بيمينه فيما يدَّعيه)، ولا يُكلَّف لبيِّنةٍ وإن كان مُدَّعيًا؛ لأن الاختلاف بينهما تارة يقع في عقد الشِّراء، فيكون القولُ قولَه؛ لأنه أخبَر عن أمر يملك استئنافَه، والمُخبَر به يستغنِي عن الإشهاد[٣]، وتارَةً يدَّعي الخروجَ عن عُهدة الأمانة من الوجه الذي أُمر به[٤]، فيكون القولُ قولَه، «زيلعي»[٥].

---

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب البيوع، الفصل الخامس فيما يضمن البائع والمشتري بالتصرف في المبيع والثمن (٣/ ٢٠٩).

(٢) قد وقع من الشارح هنا تقديم وتأخير فيما نقله عن «الحموي» و«البيري»، ولعله يحسن أن أذكره هنا مرتبا كما في المصادر المنقولة عنها، فيقال: وفي «القنية»: وكَّل بعضُ الورثة إنسانًا يَستوفي نصيبَه من دُيون مُورِّثه على الناس، ولا يعلم الوكيلُ والمُوكِّل بعضَ مَن عليهم الدُّيونُ: يصح، به أفتى تاجُ الدِّين أخو الحُسام الشهيد بعد التأمُّل والمُباحَثة الكثيرة. وتردَّد في «القنية» فيما إذا قال المُودِع للمُودَع: مَن جاءَك بعلامةِ كذا، أو أخَذ من إصبعِكَ، أو قال لك كذا، فادفَعْ إليه الوديعة، هل يصحُّ هذا التوكيلُ أم لا لكونه توكيلَ المجهول، ويضمَن بالدفع، مع أنه جزَمَ هنا في مسألة الدَّين بعدم صحَّة التوكيل وعدمِ الإبراء بالدفع، وكلٌّ منهما توكيلُ مجهولٍ. وفي «الولوالجية»: «رجلٌ غابَ، وأمَر تلميذَه أن يَبيعَ السِّلعةَ، ويُسلِّم ثمنَها لفلان، فباعَها وأمسَك الثمنَ عنده، [ولم يُسلِّمْه] حتى هلك: لا يضمن؛ لأن أستاذه لا يَضِيق عليه الأداءُ عادةً، فلا يصير بتأخير الأداء ضامنًا»، انتهى. ووجهُ الفرق: أن الأمين لا يَضمن بتَرْك الامتثال، وإنما يضمَن بالخلاف، والوديعةُ أمانةٌ، ولم يُوجَد فيها من المُودَع الخِلافُ، بخلاف الدَّين، فإنه يضمن فيه بالدفع لعدم صحَّة التوكيل، كذا في «البيري».

هذا ما ظهر لي، والله أعلم.

(٣) أي: في التحقيق والثبوت، إذا كان المبيع قائما.

(٤) وذلك فيما إذا هلك المبيع والثمن منقود.

(٥) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء (٤/ ٢٦٥)، و«عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٩).

وظاهرُ إطلاقه أن القول قولُه ولو بعد العَزْل، قال في «الحاوي»: وكَّله وكالةً عامَّة في أن يقوم بأمره، ويُنفِق على عياله من مالِ المُوكِّل، ولم يُعيِّن شيئًا للإنفاق، بل أطلَق، ثم مات المُوكِّل، وطالَبه الوَرثةُ ببيان ما أنفَق ومَصرَفِه، فإن كان عَدْلًا: يُصدَّق فيما قال، وإن اتَّهموه: حلَّفوه، وليس عليه بيانُ جهاتِ الإنفاق.

والحاصل: أنه إن أراد الخروجَ من الضمان: فالقولُ قوله، وإن أراد الرجوع: فلا بد من البيِّنة، «بيري»[(١)].

«وسُئل العلامة عليُّ بن غانم المقدسي عن الوكيل بعد العزل:

هل يُقبل قولُه في الدفع لمُوكِّله أم لا؟

وهل يُقبل قولُه في الدفع لمُوكِّله بعد موته، أو يُفرَّق بين العزل الحُكمي والحقيقي؟

وهل قولُ العمادي في «فصوله»: ولو كان المُوكِّل هو الميِّتَ بطَلت، أي: الوكالة، فإن قال: قد كنت قبَضتُ في حياة المُوكِّل، ودفعتُ له: لم يُصدَّق في ذلك؛ لأنه أخبَر عما لا يملك إنشاءَه، فكان مُتَّهمًا في إخباره[(٢)]، وقد انعزل بموت المُوكِّل، ومثلُه في «الخلاصة»: صحيحٌ[(٣)] يُعتمَد عليه إفتاءً وقضاءً أو لا؟

وقد ذكر العماديُّ في موضع أنه يُقبل قولُ الوكيل بعد موت المُوكِّل، حيث قال: ولو وكَّله بقبض وديعةٍ أو عارية، فمات المُوكِّل، فقد خرج الوكيلُ عن الوكالة، فإن قال الوكيل: قد كنتُ قبَضتُها في حياته، ودفَعتُها إلى المُوكِّل: يُصدَّق في ذلك،

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٢٩).

(٢) كذا في النسخ. وفي «الحموي»: (إقراره).

(٣) خبر لقوله: (هل قول العمادي).

ثم ذكر بعد كلامٍ ما ذكَرناه من عدم تصديق الوكيلِ بعد موت مُوكِّله، فهل يُمكن التوفيقُ بين هذَين الفرعَين أم لا؟

وهل إذا فُرِّق بينهما بكونِ الأوَّلِ في الدَّين، والثاني في العين، يكون الفرقُ صحيحًا أم لا؟

فأجاب: هذا السُّؤال حسَنٌ، وقد كان يَختلِج في خاطِري كثيرًا أن أجمَع في تحريره كلامًا يُزِيحُ به إشكالًا ويُوضِّح مَرامًا، لكنَّ الوقتَ الآن يَضِيقُ عن كمال التحقيق، فنقول، وبالله التوفيق: التأمُّل في مقالهم والتفحُّص لأقوالهم يُفيد أن الوكيلَ بعد العزل يُقبل قولُه في بعض المواضع دون بعض.

فممَّا يُفيد عدمَ قبولِ قوله: لو قال المُوكِّل ببَيعِ عبدٍ مثلا لوكيلِه: قد أخرَجتُكَ عن الوكالة، فقال: قد بعتُه أمس، لم يُصدَّق؛ لأنه حكى عقدًا لا يَملِك إنشاءَه للحال، نظيرُه(١) ما لو قال لمُطلَّقته بعد انقضاء العِدَّة: كنتُ راجَعتُكِ فيها، لا يُصدَّق.

وممَّا يُفيد القبول: قولُهم في الفرع المذكور: لو مات المُوكِّل، وقال وَرثته: لم تَبِعْه، وقال الوكيل: بعتُه من فلان بألفِ درهم، وقبَضتُ الثمَن وهلَك، وصدَّقه المُشتَري: يُصدَّق الوكيل إن كان العبدُ هالكًا، قالوا: لأنه بهذا الإخبار لا يريد إزالةَ ملكِ الوَرثة، بل يُنكِر وجوبَ الضمان بإضافة البيع إلى حالة الحياة، والوَرثة يدَّعُون الضمانَ بالبيع بعد الموت، فيكون القولُ للمُنكِر.

وأما العزلُ الحكميُّ والحقيقيُّ، فمعلومٌ الفرقُ بينهما، بأن الحقيقيَّ يتوقَّف على علم الوكيل، بخلاف الحُكمي.

وأما ما ذكره في «الفصول العمادية»، فلا خَفاء أن أحدَ المَحلَّين في الوديعة

---

(١) في النسخ: (نظير)، والمثبت من «الحموي».

والآخَر في الدَّين، وقد استشكله صاحبُ «جامعُ الفصولين» بقياسِ أحدِهما على الآخر، لكنَّ الحكمَ مُصرَّحٌ به بالاختلاف بين الوديعة والدَّين، كما في «الولوالجية»»[(١)]، انتهى.

(إلا الوكيل بقبضِ الدَّين، إذا ادَّعى بعد موت المُوكِّلِ أنه كان قبَضه في حياته، ودفَعه إليه: فإنه لا يُقبل قولُه إلا ببيِّنة[(٢)])؛ لأنه يُريد إيجابَ الضمانِ على الميِّت، بخلاف الوكيلِ بقبضِ العين، (كما في) «فتاوى (الولوالجية» من الوكالة).

قال فيها: «ولو وكَّله بقبض الوديعة، ثم مات المُوكِّل، فقال الوكيل: قبَضتُ في حياته وهلَك، وأنكَر الوَرثةُ، أو قال: دفَعتُه إليه: صُدِّق، ولو كان دينًا: لم يُصدَّق[(٣)]» ـ ومثلُه في «البزَّازية»[(٤)] و«الخُلاصة»[(٥)] و«فُصول العمادي» ـ «مع أنه أخبَر عما لا يَملِك إنشاءَه، فكان مُتَّهمًا في إخباره، وقد انعزَل بموتِ المُوكِّل، لكن مَن حكى أمرًا لا يملك استئنافه، إن كان فيه إيجابُ ضمانٍ على الغير: لا يُصدَّق، وإن كان فيه نفيُ الضمان عن نفسه: يُصدَّق، والوكيل بقبض الوديعة فيما يحكي ينفي الضمانَ

---

(١) انظر: «رسالة المقدسي في قبول قول الوكيل» (٣/ ١٤٣ ـ ١٤٨)، و«غمز عيون البصائر» (٣/ ٢٨ ـ ٢٩).

(٢) في هامش (خ): (أي: في حق إيجاب الضمان على الموكل، وهو كونه قبض دينه، فلا ينافي أن الموكل يصدق في حق براءة نفسهه، وبه استقامت العبارة، انتهى).

(٣) أي: إلا ببينة.

(٤) قال فيها في كتاب الوكالة، الفصل الثالث فيها بقبض الدين (٥/ ٤٧٠): «فلو زعم الوكيلُ قبضه (أي: الدين)، وتسليمَه إلى الطالب حال حياته: لم يصدق بلا حجة».

(٥) فيها مثل ما في «البزازية». انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوكالة، الفصل الثالث في الوكالة بقبض الدين، جنس آخر (٤/ ١٥٣).

عن نفسه، فيُصدَّق، والوكيل بقبض الدَّين فيما يحكي يُوجِب الضمانَ على المُوكِّل، وهو ضمانُ مثل المقبوض، فلا يُصدَّق»[1]، انتهى.

واستشكله في «جامع الفصولين» كما مرَّ، وفي «لسان الحكام» ما يُفيد أنه لا فرقَ بينهما، وأنه لا يُصدَّق في كلٍّ منهما إلا ببيِّنة[2].

قال الحمَوي: «الوكيل بقبضِ الدَّين: إما أن يكون وكيلا بقبض دينٍ ثابتٍ لمُوكِّله في ذمَّةِ غيرِه، أو دينٍ استقرَضه المُوكِّل بنفسه ووكَّله بقَبْضه. وإذا ادَّعى الوكيلُ إيصالَ ما قبَضه لمُوكِّله: إما أن تكون دعواه في حياةِ مُوكِّله، أو بعد موته. وفي كلٍّ منهما: يُقبل قولُ الوكيل بيمينه؛ لبَراءة ذمَّته، ودعواه هلاكَ ما قبَض في يده كدعواه الإيصال: مقبولةٌ لبَراءة ذمَّته في كلِّ حال. وأما سِرايةُ قوله على مُوكِّلِه ليَبْرَأَ غريمُه، فهو خاصٌّ بما إذا ادَّعى الوكيلُ حالَ حياةِ مُوكِّله بالقبض. وأما بعد موته، فلا تثبُت به براءةُ الغريم إلا ببيِّنةٍ يُقيمها، أو تصديقِ الورثة على قبضِ الوكيل، ولو أنكَروا إيصالَه لمُوكِّله.

وأما الوكيلُ بقبضِ ما استدانَ المُوكِّلُ، فلا يَسرِي قولُه على مُوكِّله حالَ حياته إذا أنكَر قَبْضَه على **المُفتَى به**، كما بعد موته، فلا بُدَّ من البُرهان، وهذه عبارةُ «الولوالجية» تُفيد ماقلناه»، وذكَرها، قال: «وقد اغتَرَّ بظاهر عبارة

---

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في اختلاف الوكيل مع الموكل في قبض ما وكله به وهلاكه (٤/ ٣٦١).

(٢) حيث قال في الفصل الرابع في الوكالة والكفالة والحوالة (١/ ٢٥٣): «ولو وكَّله بقبض وديعة أو عارية، فمات الموكل: فقد خرج الوكيل من الوكالة، فإن قال الوكيل: قد كنت قبضتها في حياته، ودفعتها إلى الموكل: لم يصدق على ذلك إلا ببينة».

المُصنِّف بعضُ المُفتِين، فأفتى أنه لا يُقبل قولُ الوكيل المذكور إلا ببيِّنة»[١].

(وقد ذكَرناه)، أي: ما نقلناه عن «الولوالجية»، (في) كتاب (الأماناتِ) بعبارةٍ مُختصَرة تُوهِم خلافَ المقصود، قال هناك: «كلُّ أمينٍ ادَّعى إيصالَ الأمانة إلى مُستحِقِّيها: قُبِل قولُه، كالمُودَع»، إلى قوله: «إلا الوكيل بقَبْض الدَّين»، وفي كتاب المُدايَنات: «تفرَّع على أن الدُّيون تُقضَى بأمثالها مسائلُ، منها: الوكيلُ بقَبض الدَّين...»، إلى آخر ما ذكره هنا.

فقد حصَل الاشتباهُ في قوله: «لا يُقبل إلا ببيِّنة»، هل النفيُ عامٌّ في حقِّه وحقِّ مُوكِّله، أو المَنفِيُّ ثُبوتُ الدَّين على الآمِر فقط، لا براءةُ الوكيل بالقبض بقوله: «قبَضتُ في حياته ودفَعتُ إليه»؟ والصوابُ ما ذكرنا[٢].

وهذا حاصلُ ما ذكَره الشُّرُنبُلالي في رسالة مخصوصة[٣] حين ورَد عليه السُّؤال عن وكيلٍ ادَّعى بعد موت مُوكِّله إيصالَ ما وكَّله في قَبْضِه من أُجرة أماكنَ يستغِلُّها له، فلم يُصدِّقْه الوَرثةُ في دعواه الإيصالَ للمُورِّث، فهل يُقبل قولُه في الدفع بيمينه، أم لا بد من البيِّنة؟

فأجاب «بأنه يُقبل قولُه بيمينه لبَراءة ذِمَّته مما قبَض؛ لأنه أمينٌ يدَّعي إيصالَ الأمانة إلى مُستحِقِّيها، ولما كان ذلك مُشتبِهًا على المُتفقِّهة، بل قد حصل [سابقًا] الإفتاءُ بخلافه من بعض [المشايخ]؛ لما يُتوهَّم من عبارة «الأشباه» أنه لا يُقبل قولُه إلا ببيِّنة»، ونقَل ما ذكرناه في باب الأمانات، قال: «وقد تأمَّلتُها مُراجِعًا لكُتُب

---

(١) «غمز العيون» (٣/ ٣٠).

(٢) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٣١).

(٣) سماها: «منة الجليل في قبول قول الوكيل»، وقد طبعت ضمن «مجموع رسائل العلامة الشرنبلالي»، نشرته دارُ اللباب.

المذهب وأصلِها، فلم أرَ لهذا الاستثناء أصلا، بل المُخالَفةُ له صريحةٌ».

ثم وضَّح ذلك بتقسيمِها بما ذكرنا صدرَ العبارة من أن الوكيل إما أن يكون وكيلا بقبضِ دينٍ ثابتٍ... إلخ.

قال: «وهذه عبارةُ «الولوالجية» تُفيد ما قُلناه، قال الوَلْوَالجيُّ: ولو وكَّل بقبضِ وديعةٍ، ثم مات المُوكِّل، فقال الوكيل: قبَضتُ في حياته وهلَك، وأنكَر الوَرثة، أو قال: دفَعتُه إليه، صُدِّق، ولو كان دينًا: لم يُصدَّق؛ لأن الوكيل في الموضِعَين حكَى أمرًا لا يَملِك استئنافَه، أي: استئنافَ سببِه على طريق المَجاز في الحَذْف، لكن مَن حكَى أمرًا لا يَملك استئنافَه، إن كان فيه إيجابُ ضمانٍ على الغير: لا يُصدَّق، وإن كان فيه نفيُ الضمان عن نفسه: يُصدَّق، والوكيلُ بقبضِ الوديعة فيما يحكِي يَنفِي الضمانَ عن نفسه، فيُصدَّق، والوكيل بقبض الدَّين فيما يحكِي يُوجِب الضمانَ على المُوكِّل، وهو ضمانُ مثلِ المقبوض، فلا يُصدَّق، انتهى عبارةُ الوَلْوَالجيِّ.

فتأمَّلْ استدراكَه على ما سلَّمه[1] [في][2] ظاهرِ أوَّلِ كلامه، من افتراقِ حكم الوكيلَين بعد تعليله بما يشمَلُهما مع افتراق حكمِهما، فإنه استدرَكه ووزَّع تعليلَ الحُكمَين بتوفير الطَّرَفين حظَّهما، ثم دفع[3] الشُّبهةَ ببيَان اتِّحادِ حكمِهما الذي هو نفيُ الضمان عن أنفُسِهما بدعواهما الدَّفعَ إلى المُوكِّل والهلاكَ في أيديهما، ثم بيانِ اختصاصِ المُوكِّل في قبضِ الدَّين بعدم قبولِ قولِه في إلزام مُوكِّله بدعواه الدَّفعَ في حياته، وإشارتِه إلى أن المُراد بالدَّين: دينٌ أراد المُوكِّلُ إثباتَه على نفسه باستدانته؛

---

(١) كذا في النسخ. و في «منة الجليل»: (شمله).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة مقدرة لاستقامة العبارة.

(٣) في النسخ: (رفع)، والمثبت من «منة الجليل».

لقول «الولوالجية»: والكيلُ بقبضِ الدَّين فيما يحكِي يُوجِب الضمانَ على المُوكِّل، وهو ضمانُ مثلِ المقبوض؛ لأن الدَّين الذي يكون للمُوكِّل على غيره: لا يكون قولُ الوكيل فيما يحكي من دفعِه لمُوكِّله مُوجِبًا على المُوكِّل ضمانَ مثلِ المقبوض.

لكن قد يُقال: المرادُ بالضمان ما هو أعمُّ، فيَشمَل الضمانَ الحُكميَّ الحاصلَ بقبضِ مثلِ الدَّين على القابض، ثم يقعُ التقاصُّ بما في الذِّمَّتَين، فيُراد بالدَّين دينٌ له، وفيه كلامٌ سنذكُره.

وعلى كلِّ حالٍ، يثبُت براءةُ الوكيل بقوله، وإن لم يَبْرأْ غريمُ الميِّت، كما لا يثبُت للمُقرِض شيءٌ على المُوكِّل بقول الوكيل: قبَضتُ، ولو كان في حياة المُوكِّل، وقد أنكَر قَبْضَ المُوكِّل، على المُفتَى به.

وإيضاحُ فهمِ كلامِ «الولوالجية» بأن يُقال: إن قوله: «صُدِّق»، يحتمِل أنه، أي: الوكيل، يُصدَّق في براءة نفسِه، وهو ظاهرٌ، ويحتمل ما هو أعمُّ، فيُصدَّق أيضًا في براءة الوَديع، ولا يُقال ببَراءتِه به؛ لأن قولَ الوكيل لا يَسري على المُوكِّل بعد موته، لكن دفَع هذا الأخيرَ بقوله: والوكيلُ بقَبضِ الوديعة فيما يحكِي يَنفِي الضمانَ عن نفسه، فيُصدَّق، أي: فلا يُصدَّق في براءة الوَديع.

وقولُه: ولو كان دينًا: لم يُصدَّق، يحتمِل أيضًا أنه لم يُصدَّق في براءة نفسِه، ويحتمل أنه لم يُصدَّق في إلزام مُوكِّله، الثاني ظاهرٌ؛ لخُروجه عن الوكالة، والأوَّلُ لا يُقال به؛ لأن الوكيل أمينٌ بالنظر لبَراءة ذِمَّته، وأمانتُه لم تبطُل بموت المُوكِّل، بل بطَل تصرُّفُه وسِرايةُ قولِه على غيره من المُوكِّل والمقبوضِ منه الدَّينُ.

فظهَر أن المَنفِيَّ سِرايةُ قولِ الوكيل على غيره فقط، فيَبْرأ في دعواه دفعَ الدَّين أو هلاكَه، كالوكيل بقبضِ العين، وذلك أن المقبوض في يده أمانةٌ، كما سنذكُره بصريح النُّقول على كلِّ حالٍ.

والدَّين[١] حالَ قبضِه سلَّمه مالكُه مُختارًا للوكيل، وسلَّطه على دفعه للمُوكِّل، فالوكيلُ أمينٌ من الطرَفَين، ومَن يُطالِبه بعد موت المُوكِّل؛ إنْ يكُنْ مالِكَ العين: فلا يَضمَنُهما مأمورُه؛ لامتثالِه أمرَه بدفعِها للمُوكِّل، ولا بِهلاكِها في يده، فكان القولُ قولَه بيمينه لنَفْيِ ضمانه؛ وإن يكُنْ الطالبَ وارِثَ المُوكِّلِ بما قبَضه الوكيلُ: فهو أمينٌ فيما قبَض، وقولُه مقبولٌ في بَراءة ذِمَّته، فغايةُ ما يلزَمه من قول الوَلْوَالجيِّ: ولو كان دينًا: لم يُصدَّق، تخصيصُ مُتعلَّق النفيِ، أي: لم يُصدَّق في لُزوم الدَّين على المُوكِّل لو كان مُستقرِضًا، ولا في براءة المديون لو كان المُوكِّلُ دائنًا»[٢].

ثم نقَل نُقولًا مُتعدِّدةً أيَّد بها ما ذكره.

وللعلَّامة عليٍّ المَقدسيِّ رسالةٌ أُخرى في هذه المسألة[٣] تُوافِق ما ذكره الشُّرُنبُلاليُّ، فليُراجِعْها مَن أراد.

(و)إلا (فيما إذا ادَّعى) الوكيلُ (بعد موت المُوكِّل أنه اشتَرى) الذي وُكِّل به (لنفسِه)، والحالُ أنه (كان الثمنُ منقودًا): فإنه لا يُصدَّق إلا ببيِّنة؛ لأن نَقْدَ الآمِرِ الثمنَ دليلٌ على أنه اشتَرى للآمِر، بخلاف ما إذا لم يكُن الثمنُ منقودًا، حيث يكون القولُ للوكيل أنه اشتَراه لنفسه؛ لأن الشِّراء ظهَر الآن، والوارثُ يدَّعيه في وقت سابق، والوكيلُ يُنكِر، فلا تُقبل الدعوى إلا ببيِّنة.

(و)إلا (فيما إذا قال الوكيلُ بعد عَزْله) من الوكالة في البيع: (بِعتُه أمس، وكذَّبه

---

(١) في النسخ: (والذي)، والمثبت من «منة الجليل».

(٢) «منة الجليل في قبول قول الوكيل» للشرنبلالي (٣/ ١١٩ ـ ١٢٣).

(٣) مطبوعة باسم: «رسالة المقدسي في قبول قول الوكيل»، ضمن «مجموع رسائل العلامة الشرنبلالي» مع رسالة «منة الجليل».

المُوكِّلُ)، فلا يُصدَّق إلا ببيِّنة؛ لأنه حكَى أمرًا لا يَملِك إنشاءَه للحال، وكذا الوكيلُ بالإعتاق، «خانية»[١].

وفي «البزازية»: «عزَله عن الوكالة، فقال الوكيل: بعتُه قبل العزل، لا يُصدَّق، ولو قال: بعتُه [منه] وأنا وكيلٌ، [وهو يدَّعيه]، فقال الآمِرُ: كنتُ عزَلتُكَ، لا يُصدَّق الآمِر»[٢]، انتهى[٣].

(و)إلا (فيما إذا قال الوكيلُ بعد موت المُوكِّل: بِعتُه من فلان بألفِ درهم، وقبَضتُها وهلَكت، وكذَّبه الوَرثةُ في البيع: فإنه لا يُصدَّق) الوكيلُ إلا ببيِّنة أنه باعَه في حياة الآمِر، وإلا ردَّ البيعَ وضمِن الوكيلُ الثمنَ للمشتري[٤]، وهو شاملٌ بإطلاقه لما إذا صدَّقه المشتري.

---

(١) الذي في «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالنكاح والطلاق (٣/ ٤٤): «رجل وكل رجلا ببيع عبده، ثم قال الموكل: قد أخرجتك عن الوكالة، فقال الوكيل: قد بعته أمس، لا يصدق الوكيل. ولو أقر الوكيل أوَّلا بالبيع لإنسان بعينه، فقال الآمر قد أخرجتك عن الوكالة، جاز البيع، ويقبل قول الوكيل إذا ادَّعى المشتري ذلك». وأما ما ذكره الشارح عن «الخانية»، فالظاهر أن في نقله عن «البيري» سهوًا، حيث قال في «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣٠): «قال الموكل بالبيع: قد أخرجتك عن الوكالة، فقال: قد بعته أمس، لم يصدق؛ لأنه حكى عقدا لا يملك إنشاءه للحال، فلم تصح حكايته، كما في «الولوالجية». وفي «قاضي خان»: لأنه أقر بالابتياع بعد خروجه من الوكالة، وكذا الوكيل بالإعتاق، انتهى».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع (٥/ ٤٧٥).

(٣) قال البيري (٢/ ٢٣١): «وجعل الفرق بينهما القاضي: أن الموكل إذا بدأ بالإخراج، فلا يصدق الوكيل، وإذا بدأ الوكيل أولا بالبيع لإنسان، فقال له الموكل ثانيا: قد أخرجتك، صدق الوكيل وقبل قوله».

(٤) نقله البيري عن «كافي» الحاكم. انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣١).

هذا (**إن كان المبيعُ قائمًا بعينِه**)؛ لأن مِلكَ الوَرثة له ظاهرٌ فيه، فلم يصِحَّ إخبارُه، (**بخلاف ما إذا كان**) المبيعُ (**مُستهلَكًا**)، فإنه يُصدَّق بيمينه؛ لأنه بهذا الإخبار لا يُريد زوالَ ملكِ الوارث، بل يُنكِر وجوبَ الضمان بإضافة البيع إلى حال الحياة، والوَرثة يدَّعون الضمانَ بالبيع بعد الموت، فيكون القولُ للمُنكِر(١).

(**الكُلُّ**)، أي: كلُّ هذه المسائل، (**من «الولوالجية» من الفصل الرابع في اختلافِ الوكيل مع المُوكِّل(٢)**).

(**وفي «جامع الفصولين» كما ذكَرناه في**) المسألة (**الأُولى**)، وهي مسألةُ دعوى الوكيل بقبض الدَّين، (**قال**) في «جامع الفصولين»: (**فلو قال الوكيلُ**) بعد أن أقرَّ أنه قبَض ما وُكِّل به: (**كنتُ قبَضتُ ذلك في حياة المُوكِّل ودفعتُه إليه: لم يُصدَّق(٣)**) في قوله ذلك، يعني: بالنسبة إلى المديون، لا بالنسبة إلى نفسه، فتَرجع الوَرثةُ على المديون، فإن صدَّق المديونُ الوكيلَ في الدفع: فلا يمينَ عليه، ولا يرجع المديونُ عليه، [لأنه أقرَّ بأنه أوصَل الحقَّ إلى مُستحِقِّه]، وأن رجوع الوَرثة بطريق الظُّلم، والمظلومُ لا يَظلِم غيرَه، وإن كذَّبه في الدفع يُحلَّف؛ إذ **الضابط**: أن **كلَّ مَن أقرَّ بشيءٍ لزمه: يُحلَّف إذا هو أنكرَه**.

ولو أقرَّ بأن المال موجودٌ عنده لم يدفعه: أخذه منه، فإذا حلَف: برِئَ؛ لأنه بالنسبة إليه مُودَعٌ، والقول قولُه في براءة نفسِه(٤)، وإن نكَل عن اليمين: رجع عليه.

---

(١) نقله البيري عن «الولوالجية». انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣١).

(٢) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في اختلاف الوكيل مع الموكل في قبض ما وكله به وهلاكه (٤/ ٣٦٢).

(٣) «جامع الفصولين»، الفصل الرابع والثلاثون في الإحكامات (٢/ ١٤٦).

(٤) وإنما كان مودعا لأنه لا مصدق له في الوكالة والقبض بطريق الوكالة، وبذلك صار المال في يده أمانة، كما صرحوا به في كتاب الوكالة، كذا في «غمز العيون».

وإن صدَّقه الوَرثةُ في القبض، وكذَّبوه في الدفع: فالقول قولُه بيمينه؛ لأنه صار المالُ بالقبض في يده وديعةً، فتصديقُهم له [فيه] اعترافٌ بأنه مُودَعٌ، وأن المديون قد برِئَتْ ذِمَّتُه بذلك، فإن حلَفَ: برِئَ، وإن نكَل: لزمه المالُ، وأن أقام بيِّنةً على الدفع: جاز واندفَعت اليمينُ.

ولو أن المديون أقام بيِّنةً على الدفع للوكيل في صورة إنكار الوَرثةِ القبضَ والدفعَ[١]: جاز، وإذا أرادوا تحليفَ الوكيل في الدفع: لهم ذلك. ولو لم يُقِمْ المديونُ البيِّنةَ على الدفع للوكيل[٢]، وأراد تحليفَ الوَرثة على عدم العلم بالدفع [للوكيل: يحلفون، فإن حلفوا: ثبت عليه المُدَّعَى، وإن نكَلوا: لزمهم دعواه، وهو الدفع له، فإن حلف: برئ، وإن نكل: لزمه دعواهم][٣].

والحاصل: أنه متى ثبت قبضُ الوكيل الدَّينَ من المديون بوجهٍ من الوُجوه: كان القول قولَه بيمينه في الدفع؛ لأنه صار مُودَعًا، والقول قولُه مع يمينه، فقد ظهَر أنه ينتصِب خصمًا للورثة، حتى إذا أقام عليهم بيِّنةً بالدفع للميِّت: جاز، واندفعت خُصومتُهم عن المديون، فإذا صدَّقوه في القبض منه، أو الدفع، أو نكَلوا[٤] عن اليمين على نفيِ العلم: ثبت عليهم الدفعُ للميِّت، واندفَعوا عن الوكيل والمديون[٥].

وقولُه: (إذْ أخبَر)، علَّةٌ لقوله: «لم يُصدَّق»، أي: لا يُصدَّق الوكيلُ في إخباره

---

(١) وأرادوا الرجوع عن المديون.

(٢) كذا في النسخ. وفي «الحموي»

(٣) كذا في «الحموي». وفي النسخ: (له ذلك، فإن حلفوا ثبت عليه المدعى، وإن نكلوا لزمهم).

(٤) في «الحموي»: (القبض منه والدفع، ونكلوا).

(٥) «غمز العيون» (٣/ ٣١ ـ ٣٢).

ذلك؛ لأنه أخبَر (عما لا يَملِك إنشاءَه) للحال؛ لبُطلان الوكالة بموت المُوكِّل، (فكان مُتَّهمًا) في إقراره.

(وقد بحَث) في «جامع الفصولين» (بأنه ينبغي أن يكون الوكيلُ بقبضِ الوديعة كذلك[١])، أي: أنه لا يُصدَّق لو أقرَّ بعد موت مُوكِّله أنِّي قبَضتُها ودفعتُها؛ قياسًا على قبض الدَّين؛ إذ في كلٍّ منهما أخبَر عما لا يَملِك إنشاءَه للحال.

قال المصنف: (ولم يَتنبَّهْ) صاحبُ «جامع الفصولين» (لما فرَّق به الوَلْوَالجيُّ بينهما)، أي: بين قبض الدَّين وقبض الوديعة، (بأن الوكيلَ بقبض الدَّين يُريد إيجابَ الضمان على الميِّت، فلا يُقبل قولُه) في هذا الإيجاب، ويُقبل قولُه في براءة ذِمَّته ونَفْي الضمان عن نفسه؛ (إذ الدُّيون تُقضَى بأمثالها، بخلاف الوكيل بقبضِ العين؛ لأنه يُريد نفيَ الضمان عن نفسه)، فيُقبل قولُه في ذلك. وأما المُودَع، فذِمَّتُه خاليةٌ عن الضمان، فلا يتأتَّى في حقِّه القولُ بإيجاب الضمانِ عليه؛ إذ قولُه مقبولٌ في الدفع إلى المُودَع أو إلى وكيله في قبضِها منه. وأما المديون، فلا يُقبل قولُه في الدفع، فظهَر الفرقُ، انتهى ما في «الولوالجية»[٢].

فظهر أن ما قاله العلَّامة عليُّ بن غانم المقدسي في «حاشيته» على هذا الكتاب: «أقول بعكس ما قاله في «جامع الفصولين»، وهو أن يكون الوكيلُ بقبض الدَّين كالوكيل بقبض الوديعة في حقِّ براءة نفسِه، وغايةُ ما ذكَره الوَلْوَالجيُّ من الفرق إنما يُؤثِّر بالنسبة إلى ذِمَّة المديون التي كانت مشغولةً بالدَّين، فلا يخرُج عنه بقول

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الرابع الثلاثون في الإحكامات (٢/ ١٤٦). وعبارته: «أقول: على قياس هذا، ينبغي أن لا يصدق الوكيل بقبض وديعة أو عارية لو أقر بعد موت موكله أني كنت قبضته في حياته ودفعته إليه، وقد مر أنه يصدق».

(٢) النقل من «غمز العيون» (٣/ ٣٣)، وليس من «الولوالجية».

الوكيل بعد موت مُوكِّله. وأما بالنسبة إلى نفسه، فهو أمينٌ في حياته وبعد موته، ولنا فيه رسالة»، انتهى، ليس في محلِّه[١].

وقال الشيخ حسنُ الشُّرُنبُلاليُّ في رسالته المُتقدِّمة في براءة نفسِه بقوله بعد موتِ مُوكِّله: قبَضتُه ودفعتُه: «بل[٢] أراد الاعتراضَ على التعليل لعدم قبول قولِ الوكيل بقبض الدَّين، بأنه حيث كان عدمُ قبول قولِه لكونِه أخبَر عما لا يَملِك إنشاءَه، فلا يُقبل قولُه: كان ينبغي أن يكون الوكيلُ بقبض العَين كذلك، والحالُ أنه مقبولٌ، فقد ألزَم الفارقَ على فرقه بأن لا يقول ببَراءة الوكيل بقبض العين إذا ادَّعى بعد موت مُوكِّله أنه دفَعها إليه، مع أنه مُصدَّقٌ في براءة نفسه.

ووجهُ إرادة صاحب «جامع الفصولين» لما قُلناه أنه نقَل أوَّلًا عن «فصول العمادي» ما نصُّه: وكَّله بقبض وديعةٍ وعاريَّة: ينعزل بموت مُوكِّله، فلو قال: قبضتُه في حياته ودفعتُه إلى المُوكِّل: صُدِّق، ويأتي من بعدُ.

ثم نقَل أيضًا عن «فصول العمادي» ما نصُّه: «وذكر في وكالة «الأصل»: التوكيلُ بالتقاضي والقبض جائزٌ، سواء كان المطلوبُ حاضرًا أو غائبًا، صحيحًا كان أو مريضًا، بخلاف التوكيل بالخُصومة عند أبي جنيفة، يعني: فيُشتَرط رضا الخصم بالوكالة إلا ما استُثني منه، كما هو معلوم في محلِّه».

ثم قال: «فإن قال: كنتُ قبَضتُ في حياة المُوكِّل ودفعتُه إليه: لم يُصدَّق على ذلك؛ لأنه أخبَر عما لا يملِك إنشاءَه، فكان مُتَّهمًا في إقراره، وقد انعزَل بموت المُوكِّل.

---

(١) قوله: (ليس في محله)، خبر لقوله: (أن ما قاله).

(٢) أي: لم يرد صاحب «جامع الفصولين» عدم قبول قول الوكيل بقبض الوديعة في براءة نفسه بقوله بعد موت موكله: قبضته ودفعته، كما ادعاه الشيخ المقدسي، بل أراد... إلخ.

أقول: على قياس هذا، ينبغي أن لا يُصدَّق الوكيل بقبض وديعةٍ أو عاريَّة لو أقرَّ بعد موت مُوكِّله أني قد كنتُ قبَضتُه في حياته ودفعتُ إليه، وقد مرَّ أنه يُصدَّق، انتهى[(١)].

فقد نقَل الحكمَ مُفترِقًا مُعلِّلًا في جانب الوكيل بالتقاضي والقبض بأنه أخبَر عمَّا لا يملِك إنشاءَه، فكان مُتَّهمًا في إقراره، وقد انعزَل بموت المُوكِّل.

ولما كانت تلك العِلَّةُ المُقتضِيةُ عدمَ قبول قولِ الوكيل بقبض الدَّين جاريةً في الوكيل بقبض العَين، مع كونه مقبولَ القول: أراد إلزامَ المُعلِّل بها أن يقول باتِّحاد الحكم مع كونه مُفترِقًا؛ لإتيان صاحب «الجامع» بالجُملة الحاليَّة بقوله: وقد مرَّ أنه يُصدَّق، انتهى.

فبحَث[(٢)] في التعليل، ولم يُرِدْ نفيَ قبولِ قولِ الوكيل بقبض الوديعة، بل إلزامَ المُعلِّل بذلك القولِ أن يقول بضمانِ قابضِ الوديعة مع النصِّ الذي قدَّمه بخلافه. فقولُ الشيخ زين: «لم يَتنبَّهْ صاحبُ «الفصولين» لما فرَّق به الوَلْوَالجيُّ... إلخ»، فيه غفلةٌ عن مُراد صاحب «الجامع»، وكذلك في كلام العلَّامة المقدسي.

ولكن لم يُنبِّه[(٣)] صاحبُ «جامع الفصولين» على المراد من عبارة «العماديَّة» التي هي: لم يُصدَّق الوكيل، هل المراد لم يُصدَّق في براءة الذِّمَّة مما قبَض بدعواه الدفعَ [للمُوكِّل] بعد موته، أو لم يُصدَّق في دعوى القبضِ ودفعِ المال إلى المُوكِّل، فلا يَبْرأ الغريمُ بقوله؟ لكن ظاهر عبارتِه أنه لم يُصدَّق في براءة ذِمَّته؛ لتعليله بكونه مُتَّهمًا في إقراره، ولذلك أورَد البحثَ المذكور.

---

(١) أي: عبارة صاحب «المجمع». أما الشرنبلالي، فعبارته مستمرة.

(٢) في «منة الجليل»: (فبحثُه).

(٣) في النسخ: (يتنبه)، والمثبت من «منة الجليل».

ثم أقولُ وبالله التوفيق: ليس كلٌّ من السَّلْب والإيجاب واردًا على شيء واحد، فإن المَنفِيَّ في مسألة الوكيل بقبض الدَّين إنما هو القبضُ والدفعُ، والمُثبَت في مسألة الوكيل بقبض الوديعة إنما هو بَراءةُ ذِمَّة الوكيل، فلا يَرِد بحثُ «جامع الفصولين» أصلا؛ لأنه إنما يَرِدُ لو سُلِّم استفادةُ نفيِ قبولِ قولِ الوكيلِ لبَراءة ذِمَّتِه من قول العماديِّ: ولو كان المُوكِّل هو المُيِّتَ: بطَلت الوكالةُ، فإن قال: كنتُ قبَضتُ في حياة المُوكِّل ودفَعتُه إليه، لم يُصدَّق على ذلك، انتهى، فإن المَنفِيَّ دعوى القبض والدفع للمُوكِّل فقط، لا براءةُ ذِمَّة الوكيل؛ لأن اسمَ الإشارة في قوله: لم يُصدَّق على ذلك، يرجع للمذكور، وليس هو إلا دعوى القبضِ والدفع، ولم يذكر البراءة لِيَشمَلها اسمُ الإشارة، فتكون مُنتفِيةً أيضًا.

وتعليلُه لعدم تصديقِه بكونه أخبَر عما لا يَملِك إنشاءَه لعَزْله بموت مُوكِّله، فبطَل ما ترتَّب عليه: لا يتناول[1] وَصْفَه بكونه أمينًا؛ إذ هو وصفٌ مُستمِرٌّ به، لا يبطُل بموت مُوكِّله، والتُّهمةُ في دعواه الدفعَ لبَراءته غيرُ حادثةٍ بالموت؛ إذ هي ثابتةٌ من قبلُ؛ ألا ترى أن مُوكِّله يُحلِّفه حالَ حياته، فبهذا التحقيق لا يَرِدُ البحثُ أصلا.

وقد علِمتَ صريحَ النصِّ في براءة ذِمَّته بقوله مع يمينه مطلقًا، واتِّحادَ حكم الوكيل بقبض الدَّين والوكيلِ بقبض العين في براءة ذِمَّتِهما بقولهما مع اليمين، وبه يتَّضح ما بحَثه العلَّامةُ المَقدسيُّ من أنه ينبغي أن يكون الوكيلُ بقبض الدَّين كالوكيل بقبض الوديعة في حقِّ براءة نفسِه، ولكن كلامُ العلَّامة المقدسيِّ صريحٌ بأن المراد بالدَّين في كلام الوَلْوَالجي: دينُ الميِّت على غيره وُكِّل في تقاضِيه وقبضِه، وقدَّمنا ما يقتضي أنه دَينٌ أراد إنشاءَه على نفسه، أو ما هو أعمُّ، ولكن لا يضُرُّ ذلك على صحَّة بحثِه لقبول قولِ كلٍّ من الوكيلَين في براءة ذِمَّته.

---

(١) قوله: (لا يتناول)، خبر لقوله: (وتعليله).

وكان ينبغي له وللعلامة ابن نجيم مُراجَعةُ «الولوالجية»، وإمعانُ النظر فيها، وإيضاحُ المراد منه للطالب، ودفعُ الشُّبهة عنه، وقد ذكَرنا ما تيسَّر لنا بفضل الله تعالى»[١]، انتهى كلام الشرنبلالي.

وقال العلامة المَقدسيُّ في «رسالته» أيضًا: «**والحاصلُ**: أنا وجَدنا الوكيلَ يُصدَّق بعد العزل في حقِّ نفسِه فقط، ولا يكون ثمَّةَ غيرُه، كما لو دفَع للوكيل[٢] ألفَ درهم يَتصدَّق بها عنه، فمات المُوكِّل، فقال الوكيلُ: تصدَّقتُ بها في حياتِه، وكذَّبه الوَرثة: صُدِّق؛ لأنَّهم يدَّعون عليه الضمانَ، وهو يُنكر، فإن بَرهَنوا قُبِلت بيِّنةُ الوكيل؛ لأنها أثبَتت التصدُّقَ في زمانٍ سابق، وتارَةً يُصدَّق في حقِّ نفسه دون براءة غيرِه وغيرُه موجودٌ، كما لو كان وكيلًا بقبض الدَّين، فادَّعى بعد موت المُوكِّل أنه قبَضه وهلَك عنده، أو دفَعه للمُوكِّل قبل موته: يُقبل في حقِّ براءة نفسِه، لا في حقِّ براءة المديون، وتارَةً يُصدَّق في [حقِّ] براءة المديون دون الرُّجوع على المُوكِّل، كما لو كان الدَّينُ الذي قبَضه مُستحَقًّا للغير، وهلَك عنده وضمِنه: لا يرجِع على المُوكِّل»[٣].

ثم قال: «وبعد ما مهَّدنا لك من القواعد، يظهَر أن الوكيل بقبض الدَّين وقبض الوديعة في الحكم واحدٌ؛ لأن الوكيل من حيث ذاتُه أمينٌ، ولو في قبض الدَّين، فهو مُسَاوٍ للوديعة من تلك الحيثيَّة، وإنما لا يُصدَّق في [حقِّ] براءةِ المديون، وترتُّب المالِ في ذِمَّة المُوكِّل... إلى آخره»[٤].

---

(١) «منة الجليل في قبول قول الوكيل» (٣/ ١٣٤ ـ ١٣٧).

(٢) في النسخ و«رسالة» المقدسي: (الوكيل)، ولعل الصواب ما أثبت.

(٣) «رسالة المقدسي في قبول قول الوكيل» (٣/ ١٤٩).

(٤) «رسالة المقدسي في قبول قول الوكيل» (٣/ ١٥٥).

وفي «الفتاوى الخيرية» بعد أن تعدَّد السُّؤالُ عن هذه المسألة، وأفتَى فيها بأنه في مسألة الدَّين إذا صدَّقه الورثةُ في القبض، وكذَّبوه في الدفع: فالقول قولُه، ولا يُقبل قولُه لو أنكَروا القبضَ والدفع، قال: «وقد أفتى بعضُ الناس أنه لا فرقَ بين أن تُصدِّقه الوَرثةُ في القبض أو تُكذِّبه في مسألة الدَّين، وليس كذلك، بل إنما لا يُصدَّق في صورة إنكارهم القبضَ. أما إذا صدَّقوه، فلا شكَّ أنه يُصدَّق في الدفع ـ إن أنكَروه ـ بيمينه؛ لأن يدَه كيدِ مُوكِّله، وهو أمينٌ ادَّعى إيصالَ الأمانة إلى أهلها، حيث اعتَرفوا بقبضِه، ولا شكَّ أن ضمانَ مثلِ المقبوض يقع بقبضِ الوكيل؛ إذ يدُه كيدِه، ولا يتأخَّر ذلك إلى قبض المُوكِّل، فإذا أقرَّ الوَرثة بقبض الوكيل: فقد أقرُّوا بضمان مثلِ المقبوض على مُورِّثهم اقتضاءً، بل انتفى فيه أن يكون حاكيًا أمرًا لا يملِك استئنافَه، وكان نافيًا عن نفسه الضمانَ، فَافْهم، ولذلك تعدَّدت الفتوى، فاعلَمْه، والله أعلم»[١].

(وكتَبنا في «شرح الكنز» في باب التوكيل بالخُصومة والقبض مسألةً لا يُقبل فيها قولُ الوكيل بالقبض أنه قبَض)، وهي: **(وفي «الواقعات الحُساميَّة»: الوكيل بقبض القرضِ إذا قال: قبَضتُه، وصدَّقه المُقرِض، وكذَّبه المُوكِّل: فالقولُ للمُوكِّل[٢])**، قيل: لعدم صحَّة التوكيل بالقرض[٣]، لكن في «البزازية» أنه «يصح التوكيل بالإقراض، لا بالاستقراض»[٤]، انتهى.

---

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوكالة، مطلب: في مسألة الوكيل بالقبض (٢/ ٣٩ ـ ٤٠).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالخصومة والقبض (٧/ ١٨٠).

(٣) «غمز العيون» (٣/ ٣٣).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الثالث فيها بقبض الدين، نوع في المأمور بدفع المال لقضاء الدين (٥/ ٤٧٢).

وفيه إشكالٌ؛ لأن التوكيلَ بقبض الدَّين توكيلٌ بالاستقراض معنًى؛ لأن **الدُّيون تُقضَى بأمثالها**(١)، فما قبَضه ربُّ الدَّين من المديون يصير مضمونًا عليه، وله على الغريم مثلُ ذلك، فيلتقِيان قصاصًا، وقد ذكَرنا أن التوكيل بالاستقراض غيرُ صحيح.

وأُجيب عنه: بأنَّ التوكيل بالقبض رسالةٌ [بالاستقراض] من حيث المعنى، وليس بتوكيلٍ بالاستقراض؛ لأنه لا بد للوكيل بقبض الدَّين من إضافة القبضِ إلى مُوكِّله، بأن يقول: وكَّلَني [فلان] بقبضِ ما له عليك من الدَّين، كما لا بد للرَّسُول في الاستقراض من الإضافة إلى المُرسِل، بأن يقول: أرسَلني إليك فلانٌ يقول لك: أقرِضْني كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض، فإنه يُضِيف إلى نفسه، فيقول: أقرِضْني كذا، فحينئذ التوكيلُ بالقبض رسالةٌ معنًى(٢)، كذا في رسالتَي الشُّرُنبُلالي والمَقدسي(٣). فيَرِد عليه ما قاله في «شرح الكنز»، فليُتأمَّل.

[فائدة: كلُّ وكالةٍ تبطُل بموت المُوكِّل، إلا في مسائل]

(إذا مات المُوكِّلُ)، أو جُنَّ جُنونًا مُطبِقًا، وحدُّه شهرٌ عند الثاني، وحَولٌ عند الثالث، أو لحِق بدار الحرب: (بطَلت الوكالةُ)؛ لأن التوكيل تصرُّفٌ غيرُ لازم، فيكون لدَوَامه حكمُ الابتداء، فلا بد من قيام الأمر، وقد بطل بهذه العَوَارض.

(إلا في التوكيل في البيع وفاءً)، فإنه لا ينعزِل بموته، (كما في بُيوع «البزَّازية»(٤)).

---

(١) لا بأعيانها، والمديون يقضي مثل الدين.

(٢) والرسالة بالاستقراض جائزة.

(٣) انظر: «منة الجليل» (٣/ ١٢٥ ـ ١٢٦)؛ «رسالة المقدسي في قبول قول الوكيل» (٣/ ١٥٧).

(٤) قال فيها في كتاب البيوع، الفصل الرابع في البيع الفاسد، نوع فيما يتصل بالبيع الفاسد (٤/ ٤١٩): «وكَّل أخاه ببيع عقاره وفاءً، فباع ومات المُوكِّل: لا يخرج الوكيل عن الوكالة».

وظاهرُ كلامِ المُصنِّف أن كلَّ وكالةٍ تبطُل بموت المُوكِّل، إلا في البيع وفاءً، وليس كذلك، بل الجُنون كذلك، بل لا بد من استثناء مسائلَ:

منها: الرهن، إذا وكَّل الراهنُ العدلَ أو المَرتَهن ببَيع الرَّهن عند حُلول الأجل: فلا ينعزل بموت المُوكِّل أو جُنونه أو رِدَّته، كالوكيل بالأمر باليد، «منح».

«وكذا تبطُل بعَجْز مُوكِّله مُكاتَبًا، وحَجْره مأذونًا، وافتراق الشريكَين، وبنهاية الشيء المُوكَّل فيه، وتصرُّف الموكِّل بنفسه فيما وكَّله فيه تصرُّفًا يَعجِز الوكيلُ عنه، ولا يُشتَرط في هذه كلِّها علمُ الوكيل[١]؛ لأنه عزلٌ حُكميٌّ، والعلمُ يُشتَرط للحقيقي.

والحاصل، كما حرَّره في «الدر المختار»: أن الوكالة ببَيع الرَّهن لا تبطُل بالعزل الحقيقيِّ والحُكمي، ولا بالخُروج عن الأهليَّة بجُنون أو رِدَّة، وفيما عدَاها من اللازمة لا تبطُل بالحقيقيِّ، بل بالحُكمي، وبالخُروج عن الأهليَّة، فتخصيصُ صدر الشريعة وغيرِه كالبرجندي، وإطلاقُ «الدُّرَر»: لا يخلُو عن نظَر»[٢]، فتدبَّر»[٣].

قال في «الدرر»: «وذا، أي: انعزالُ الوكيل في الصورة المذكورة، إذا لم يتعلَّقْ به[٤] حقُّ الغير. وأما إذا تعلَّق به حقُّ الغير، فلا ينعزل»[٥].

فقولُه: إذا لم يتعلَّق به حقُّ الغير، يَرِدُ عليه الوكالةُ بالخُصومة[٦] بالتماس

---

(١) في النسخ: (الموكل).

(٢) انظر: «الدر المختار»، كتاب الوكالة، باب عزل الوكيل (ص ٥٠٩).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الوكالة، باب عزل الوكيل (٣/ ٣٤٠).

(٤) أي: بالتوكيل.

(٥) «درر الحكام»، كتاب الوكالة، باب عزل الوكيل (٢/ ٢٩٤).

(٦) في هامش (خ): (قوله: يرد عليه، وجه الإيراد أن إطلاق قوله: تعلق به حق الغير، يشمل الوكالة بالخصومة).

الطالب، والحكمُ ليس كذلك، كما سمِعتَ، فقولُ السيِّد الحمَويِّ: «لا ينعزل»[١]، صوابُه: حذفُ «لا»، كذا قال شيخُنا.

[فائدة: إذا قبَض المُوكِّلُ الثمنَ من المشتري صحَّ، إلا في مواضعَ]

(إذا قبَض المُوكِّلُ الثمنَ من المُشتري)، ولو مع نَهْي الوكيل: (صحَّ استحسانًا)، وإن كان حقُّ القبض للوكيل؛ لأن الثمن المقبوضَ حقُّ المُوكِّل، فلا فائدةَ في الأخذ منه ثم الدفعِ إليه، ولهذا لو كان للمشتَري على المُوكِّل دينٌ: تقع المُقاصَّة، ولو كان له عليهما دينٌ: تقع المُقاصَّة بدَين المُوكِّل دون الوكيل، «منح».

(إلا في الصَّرْف)؛ لاشتراط تقابُض العاقدَين فيه، والمُوكِّلُ خارجٌ عنهما، قيل: الشرطُ التقابُض في المجلس، أعمُّ من أن يكون العاقدَين أو غيرَهما، لكن في «البيري» أن التقابُضَ «بمنزلة الإيجاب والقبول»[٢].

وظاهرُ كلام المُصنِّف أن قبض المُوكِّلِ الثمنَ صحيحٌ، ولو بدون إحالةٍ من الوكيل. وفي «البيري» ما يُخالفه، حيث قال: «لو أحالَ الوكيلُ مُوكِّلَه على المُشتري، ورضِي به المُشتري: صحَّ، ويكون توكيلًا، وليس بحوالةٍ، حتى لو نَهى الوكيلُ المُشتريَ عن دفع الثمن إلى مُوكِّله: صحَّ، وانعزَل المُوكِّلُ عن قبض الثمن»[٣]، إلا أن يُقال: إن كلامَه بالنسبة إلى القياس، وكلام المُصنِّفة بالنسبة إلى الاستحسان.

واعلَم أن الوكيلَ ما دام حيًّا، وإن كان غائبًا: لا تنتقِل الحقوقُ إلى المُوكِّل، وإن مات الوكيلُ بالبيع عن وصيٍّ: تنتقل إلى وصيِّه دون المُوكِّل، وإن [مات و]

---

(١) «غمز العيون» (٣/ ٣٣).

(٢) عمدة ذوي البصائر (٢/ ٢٣٣).

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣٣).

لـم يُـوصِ: [يرفع إلى القاضـي]، فيَنصِـب وصيًّا، وقيـل: ينتقل إلى المُـوكِّل ولايةُ قبضِ الثمن[١].

(كذا في «منية المفتي»).

وفي «الخلاصة»: «إذا وجَد الموكِّلُ بالشراء عيبًا بعد ما مات الوكيلُ: يرُدُّه المُوكِّل»[٢].

وفي «خزانة الأكمل»: «لو وكَّله ببيعٍ أو شِراء، ثم ذهب عقلُ الوكيل أو اختَلط، ثم اشترى أو باع: لم يلزَمْ الوكيلَ الثمنُ، وإنما يلزَم الآمِر، بمنزلة الصبيّ»[٣]، فإنه لا يلزَم الصبيَّ، وإنما تَتوجَّه المُطالَبةُ على المُوكِّل، فقولُهم: حقوقُ العقد ترجع إلى الوكيل، أي: إذا كان بالغًا عاقلا.

[فائدة: الوكيل إذا أجاز فعلَ غيرِه: نفَذ على المُوكِّل، إلا في مسائل]

(الوكيـل إذا أجـازَ فِعْـل فُضولـيٍّ)، ولـو بغَيبتـه، **(أو وكَّل)** آخـرَ **(بـلا إذنٍ)** مـن المُـوكِّل **(أو تعميـمٍ)** منـه، **(وحضَـره)**، أي: الوكيـلُ ما فعلـه الفُضولـيُّ: **(فإنه ينفُـذ)** فعلُـه **(علـى المُـوكِّل)**؛ لحُصـول المقصـود؛ **(لأن المقصـود حصـولُ رأيِه)** بحُضـوره، وقـد حصَـل، وليس فيـه ما يُفيـد صحَّة التوكيـل بـلا إذنٍ أو تعميم، كما توهَّمه الحمـويُّ[٤].

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣٣).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوكالة، الفصل الخامس في الوكالة بالشراء (٤/ ١٦١).

(٣) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الوكالة، بيع (٤/ ٢١٧).

وانظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣٤).

(٤) انظر: «غمز العيون» (٣/ ٣٤).

وفي «البحر»: «الذي يُفيده ظاهرُ كلامه: الاكتفاءُ بالحضرة من غير توقُّفٍ على إجازته، وهذا قولُ البعض، والعامَّة على أنه لا بد من إجازة الوكيل أو المُوكِّل، وأن حضرة الوكيل [الأوّل] لا تكفي، والمُطلَق من العبارات محمولٌ على الإجازة، كذا في «النهاية» وفي «السِّراج الوهَّاج»»[١].

قال في «المنح»: ومن ثمَّة عوَّلنا عليه، لا على غيره، وعبارةُ «الكنز»[٢] كالمُصنِّف تُفيد الإطلاقَ. وذكر في «الزَّوَاهر» أن توقُّف نَفاذِ تصرُّفِ الوكيل الثاني على الإجازة من الأوَّل إنما هو في الوكيل بالبيع. وأما الوكيلُ بالشِّراء إذا وكَّل غيرَه فاشتَرى: فإنه ينفُذ على الوكيل بلا توقُّفٍ على شيء، ونقَله عن «السِّراج»، لكن في «الملتقى» و«شرحه» مثلُ ما ذكَره المُصنِّف هنا، قال فيه: «فإن وكَّل بلا إذنٍ، فعقَد الثاني بحضرته: جاز، وتتعلَّق حقوقُه بالعقد على **الصحيح**، وكذا لو عقَد بغَيبته فأجازَه، أو كان قدَّر الأوَّلُ الثمنَ للثاني: جاز»[٣].

(إلا في التوكيل بالطلاق، والعَتاق)، والإبراء، والخُصومة، وقضاء الدَّين، كما في «التنوير»[٤]، فإنَّ فِعلَه فيها غيرُ مُعتبَر؛ (لأن المقصودَ عبارتُه)، أي؛ لأن المُوكِّل علَّق طلاقَه أو إعتاقَه بلفظِ الوكيل الأوَّل دون الثاني، وهما مما يتعلَّقان بالشرط، بخلاف البيعِ ونحوه.

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الوكالة، آخر باب الوكالة بالبيع والشراء، فصل الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له (٧/ ١٧٧).

(٢) حيث قال: «فإن وكل بلا إذن الموكل، فعقد بحضرته، أو باع أجنبي فأجاز: صح». انظر: «كنز الدقائق»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء (ص ٤٨٩).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الوكالة، فصل في بيان من يجوز للوكيل أن يعقد معه (٣/ ٣٣٠ ـ ٣٣١).

(٤) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الوكالة، باب الوكالة بالبيع والشراء (ص ٥٠٤).

وفي «القنية»: «وكَّله بأن يُبْرِئَ غريمَه عن الدَّين، فوكَّل الوكيلُ، فأَبْرَأه بحضرة الأوَّل: لم يصحَّ»، انتهى.

وكان ينبغي أن يصِحَّ؛ لأنه لا يَقبل التعليقَ بالشرط، كالبيع. ولو وكَّله في الخصومة: لا تكفي الحضرةُ، كما في «شرح المجمع»، لكن في «الخانية»: «لو خاصَم الوكيلُ الثاني، والمُوكِّل حاضرٌ: جاز»[1]، «منح».

(والخُلْع والكتابةُ كالبيع) مما يُكتفَى فيه بالحُضور، وفي نُسخة: والخلع والكتابة والبيع، وهي غلَطٌ، (كما في «مُنية المفتي»). وعبارتُه: «بخلاف الوكيل بالبيع، والنكاح، والخُلع، والكتابة، إذا وكَّل، وفعَل الثاني بحضرته، أو فعَل أجنبيٌّ فأجاز: فإنه يجوز»، انتهى.

[فائدة: الشيءُ المُفوَّض إلى اثنَين لا يَملِكه أحدُهما]

(الشيء المُفوَّض إلى اثنَين لا يَملِكه)، أي: لا يملك التصرُّفَ فيه، (أحدُهما)؛ لأن المُوكِّل رضِي برَأْيِهما، لا برَأْيِ أحدِهما. قال ابن الكمال: «المرادُ به: عدمُ نَفاذ تصرُّفه وحده، لا عدمُ صحَّته؛ إذ لو باع أحدُهما بدون حضرة صاحبِه، فإن أجازه: جازَ، وإلا فلا».

(كالوكيلَين)، أطلَقه، فشمِل ما إذا كان تلزَمهما الأحكامُ، أو كان أحدُهما صبيًّا أو مَحجورًا، لكنَّه مُقيَّدٌ بما إذا وكَّلهما بكلامٍ واحد. وأما إذا كان على التعاقُب: فإنه يجوز لأحدهما على الانفراد.

(والوصِيَّين)، سواءٌ أوصَى لهما بكلام واحدٍ، أو على التعاقُب على **الأصحِّ**؛ لأن الوصيَّة تثبُت عند الموت، وهما قد صارَا وصِيَّين جملةً واحدة، بخلاف الوكالة.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة، فصل في التوكيل بالخصومة (٣/ ١١).

وشمِل إطلاقُه ما لو مات أحدُهما، أو ذهب عقلُه: فإنه لا يجوز له التصرُّفُ وحدَه؛ لعدم رضاه برَأْيه، نعم؛ «الوصيُّ لا يتصرَّف وحدَه إلا بإذن القاضي»، كما في وصايا «الخانية»[١].

(والناظِرَين)، قال الحمَويُّ: «محلُّه ما إذا كان الناصِبُ لهما قاضيًا واحدًا، أو كانا مَنصُوبَي الواقف. أما إذا كان كلُّ واحدٍ منهما منصوبَ قاضي بلدةٍ: فينفرِد أحدُهما بالتصرُّف. ولو أن واحدًا من هذَين القاضِيَين أراد أن يَعزِل القيِّمَ الذي نصَبه القاضي الآخَرُ، فإن رأى المصلحةَ في ذلك: كان له ذلك، وإلا فلا، كما في «البحر»[٢]»[٣]، انتهى.

قال البيري: «إنه[٤] لم يَرَ حكمَ الناظِرَين في كلامهم، ولعلَّه تخريجٌ من المُصنِّف على الوكيلَين»[٥]، فينبغي أن يكون ذلك إذا جعَلهما ناظِرَين بكلامٍ واحدٍ، تأمَّل.

(والقاضِيَين)، إذا فوَّض لهما السُّلطانُ قضاءَ بلدةٍ: لا يجوز لأحدهما الانفرادُ بالقضاء، كما في «منية المفتي».

---

(١) قال فيها (٣/ ٥٢٨): «و لو أن رجلا أوصى إلى رجلين، فمات أحدُ الوصيَّين: على قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى: لا يتصرف الحي في ماله، فيرفع الأمر إلى القاضي، إن رأى القاضي أن يجعله وصيا وحده، ويطلق له التصرف: فعل، و إن أراد أن يضم إليه رجلا آخر مكان الميِّت: فعل. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: ينفرد الحي منهما بالتصرف، كما في حال الحياة. وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية، وهو قول ابن أبي ليلى: ليس للقاضي أن يجعل الحي وصيا وحده، ولو فعل: لا ينفذ تصرف الحي بإطلاق القاضي».

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف (٥/ ٢٦١).

(٣) «غمز عيون البصائر» (٣/ ٣٧).

(٤) أي: البيري نفسه.

(٥) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣٥).

(والحَكَمَين) مثلُهما، (والمُودَعَين، والمشروطِ لهما الاستبدالُ) في الوقف، (أو الإدخالِ والإخراجِ) منه: فإنه لا يملك التصرُّفَ فيه أحدُهما، (إلا في مسألةِ ما إذا شرَط الواقفُ النظرَ له، أو الاستبدالَ مع فلان: فإنَّ للواقف الانفرادَ دون فلان)؛ لأن الواقف هو الذي شرَط لذلك الرجل، وما شرَطه لغيره فهو مشروطٌ لنفسه، (كما في «الخانية» من الوقف). قال فيها: «لو أن الواقف شرَط الاستبدالَ لرجل آخَر مع نفسه، على أن يَستبدِلا معًا، فانفرَد ذلك الرجلُ: لم يجُزْ، ولو انفرَد الواقفُ: جاز»[1].

وأفادَ أن الناظرَين في كلامه أعمُّ من أن يكون أحدُهما المُفوَّضَ أو غيرَ. والاستثناء مُتَّصِل.

قال الخصَّاف: اشترَط لوالي هذه الصدقة بعده أن يَبيع هذه الضيعةَ، ويشتَريَ بثمَنِها ما يكون وقفًا على ما سبَّله: جاز، واشتراطُ ذلك لوالي الصدقة اشتراطٌ لنفسه وله، فله أن يبيعَ ذلك ما دام حيًّا، وأن يَستبدِل به، وللوالي بعده أن يَبيع وأن يَستبدِل.

واعلم أنه يُستثنَى من إطلاق الوكيلَين: الوكيلان في الخُصومة، وردُّ العين؛ الوديعةِ أو العاريَّة أو الغصب، وقضاءِ دَينٍ عليه، وطلاق زوجتِه، وعتقِ عبدِه، لا عِوَض فيهما، فإنه يجوز أن يَنفرِد أحدُهما؛ لعدم الفائدة في اجتماعهما. وأما إذا كانا[2] بعِوَض: لا بدَّ من اجتماعهما، وكذا التدبيرُ، وقضاءُ دَين، وتسليمُ الهبة: ينفرد أحدُهما.

ويُستثنى من طلاق الزوجة: أن يُعلِّق بمَشيئتِها، أو يقول: أمرُها بيدِكُما، فإنه لا

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، آخر فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٨).

(٢) أي: الطلاق والعتاق.

ينفرد أحدُهما حينئذ؛ لأنه إنما رضِي برَأْيِهما؛ ألا ترى أنه تمليكٌ، فلا يَملِك أحدُهما التصرُّفَ في ملك الآخَر بدون إذنه.

وأما اقتضاؤه، والوِصاية، والمُضارَبة، والقضاء، والتحكيم، والتولية على الأوقاف، وقبضُ الهبة، والرجوع فيها: لا ينفرِد أحدُهما.

ويُستثنَى من الوصِيَّين مسائلُ ينفرد فيها أحدُ الوصِيَّين في التصرُّف: تجهيز الميِّت، وشِراء ما لا بد للصغير منه، وبيعُ ما يُخشَى عليه التَّلَف، وتنفيذُ الوصيَّة المُعيَّنة، وقضاءُ دَين الميِّت إذا كان في التَّركة من جِنْسه، والخُصومة، وردُّ المغصوب، وردُّ الودائع، وقبولُ الهبة، وجمعُ الأموال الضائعة، وردُّ المشتَرى فاسدًا، وقسمةُ ما يُكال أو يُوزن، وإجارةُ اليتيم، والوِصاية بأن يتصدَّق على فقير بكذا وعيَّنه، وإعتاقُ النَّسَمة المُعيَّنة، وحفظُ الأموال.

والوصِيَّان إذا اشتَريا بالخيار، وأجاز أحدُهما ونقَض الآخَرُ: فالإجازةُ أَولى.

وظاهرُ كلامه أنه لا فرق بين الوصِيَّين أن يكون نصَبهما القاضي، أو الميِّتُ، أو قاضيان في بلدتَين، وليس كذلك في الأخيرة؛ لأنه يجوز التصرُّف لكلٍّ منهما على الانفراد.

[فائدة: الوكيل لا يكون وكيلا قبل العلم بالوكالة، إلا في مسألة]

(الوكيل لا يكون وكيلا قبل العلم بالوكالة[1])، فلا ينفُذ تصرُّفه، وفيه خلافُ الثاني، والعلم يثبُت بخبَر الفاسق، ولا بد أن يكون مُميِّزًا، وفي العزل لا بدَّ من عدلٍ،

---

(١) لأن التوكيل إثبات الولاية، فلا يصح بغير علمه كإثبات الملك بالبيع والهبة، كذا في «البيري» (٢/ ٢٣٦) نقلا عن «الولوالجية». ثم قال: «أقول: إطلاقه للاستثناء مشكل؛ لأنه يوهم أنه متفق عليه، مع أن صاحب «البزازية» حكى أولا أنه يصير وكيلا قبل العلم، ثم حكى ثانيا عن الثاني جوازه في المسألة المذكورة». وليرجع إليه من أراد الاستزادة.

أو فاسقَين، أو مستورين، هذا في العزل الحقيقيِّ، وفي الحُكمي يثبُت قبل علمِه.

(إلا في مسألةٍ) يكون فيها وكيلًا قبل العلم، وهي: (ما إذا علِم المُشتري بالوكالة، ولم يعلم الوكيلُ البائعُ بكونه وكيلا، كما في «البزازية»).

قال فيها نقلا عن «الجامع الصغير»: «الوكيلُ قبل علمه بالوكالة: لا يكون وكيلا، ولا ينفُذ تصرُّفه، وعن الثاني خلافُه. أما إذا علِم المشتري بالوكالة، واشترى منه، ولم يعلَم البائعُ الوكيلُ كونَه وكيلا بالبيع، بأن قال البائعُ للمشتري: اذهَبْ بعبدي إلى زيدٍ، فقُل له حتى يَبيعَه بوكالته عنِّي منك، فذَهب إليه ولم يُخبِرْه بالتوكيل، فباعَه هو منه: فالمذكور في الوكالة أنه يجوز، وجعَل معرفةَ المشتري كمعرفة البائع، وفي المأذون ما يدلُّ عليه؛ فإن المولى إذا قال لأهل السُّوق: بايعُوا عبدي، ولم يعلَمْ به العبدُ: صحَّ.

وفي «الزيادات»: لا يجوز، وليست الوكالةُ كالوِصاية، فإن المُوصَى له إذا باع من التركة قبل علمه بالوِصاية والموت: يصحُّ؛ لأنها خلافةٌ، كالوراثة، وتصرُّف الوارث قبل علمه بالوراثة يصحُّ.

وفائدةُ كونه خلافةً[1]: عدمُ تمكُّنه من إخراج نفسه من الوصاية؛ لعدم ملكِه ذلك بعد القبول، بخلاف الوكالة، فإنها أمرٌ ونَهْيٌ، فتُعتبَر بأوَامر الشرع[2]، وإنه لا يلزم بلا علمٍ في دار الإسلام بحُصول العلم تقديرًا؛ لشُيوع الخطاب، بخلاف دار الحرب؛ لعدم الشُّيوع فيها لعدم كونِها دار الأحكام»[3]، انتهى.

---

(١) في «البزازية»: (وصاية).

(٢) في «البزازية»: (الشارع).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الأول في التوكيل والعزل، نوع فيما يكون توكيلا (٥/ ٤٦١).

ومنه يُعلم ما في كلام المُصنِّف، حيث لم يُبيِّن الخلافَ، وأن الاستثناء المذكور على أحد القولَين(١).

ومشى في «التنوير» على عدم صحَّة التوكيل بلا علمِ الوكيل، ثم نقل عن «البحر» الاستثناءَ على ما في «الزيادات»(٢)، ولكن في «الدر المنتقى» في أوَّل باب الوكالة تحت قوله: وشرطُها كونُ المُوكِّل يملك التصرُّف، والوكيلِ يعقل العقدَ ويقصُده: «وفيه رمزٌ إلى أن علمَ الوكيل [بالوكالة] ليس بشرطٍ، خلافا لمحمد»(٣)، انتهى.

وفي مسألة المأذون المنقولة في «البزازية» أطلق الزيلعيُّ عدمَ جواز تصرُّفه قبل العلم، كالوكالة(٤).

وفي «شرح المجمع» تقييدُه بما إذا كان الإذنُ خاصًّا، بأن قال: أَذِنتُ لعبدي فلان، ولم يشتهِر بين الناس، فعلمُ العبد به شرطٌ لصَيرُورته مأذونًا، فلا يجوز تصرُّفه قبل العلم، انتهى.

ومثلُ الوكالة: الأمر باليد للمرأة، فلا يصير الأمرُ بيدِها ما لم تعلم، فلو طلَّقت نفسها قبل العلم: لا يقع، كما في «الخانية»(٥).

(و)إلا (**مسألة ما إذا أَمَر**) ربُّ الوديعة (**المُودَع**)، بفتح الدَّال، (**بدَفْعها**)، أي: الوديعة، (**إلى فلان، ولم يعلَم**) فلان (**بكونه وكيلًا**): فالدفعُ جائزٌ، ولا ضمانَ على

---

(١) كذا في «غمز العيون» (٣/ ٣٨).

(٢) قال في كتاب المأذون من «الدر المختار» (ص ٦١١): «المأذون لا يكون مأذونا قبل العلم به، إلا في مسألة ما إذا قال: بايعوا عبدي فإني أذنت له، فبايعوه وهو لا يعلم: صار مأذونا».

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الوكالة (٣/ ٣٠٧).

(٤) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء، أواخر باب مسائل شتى (٤/ ٢٠٣).

(٥) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطلاق، فصل في الطلاق من الوكيل (١/ ٥٢١).

واحد منهما لوجود الإذنِ بالدفع، (وهي في «الخانية»)، قال فيها: «رجلٌ أودَع رجُلا ألفًا، ثم قال في غَيبة المُودَع: أمَرتُ فلانًا بقبض الألفِ التي هي وديعةٌ لي عند فلان، فلم يعلَمْ المأمورُ بذلك، إلا أنه قبَض الألفَ من المُودَع، فضاعَتْ: فلربِّ الوديعة الخيارُ، إن شاء ضمَّن الدافعَ، وإن شاء ضمَّن القابضَ. ولو كان المُودَع علِم بالتوكيل والأمر، ولم يعلم المأمورُ، فدفع المُودَعُ المالَ إلى المأمور: فهو جائزٌ، ولا ضمانَ على أحدهما»[١]، انتهى[٢].

وهذا ما أشار إليه أوَّلًا، وثانيًا بقوله: (بخلاف ما إذا وكَّل رجلًا بقَبْضِها)، أي: الوديعة، (ولم يعلَمْ المُودَعُ والوكيلُ بالوكالة)، أي: بكونه وكيلًا، (فدفَعها) المُودَعُ (له)، أي: للرجل المُوكَّل في قبضه: (فإن المالك مُخيَّرٌ في تضمين أيِّهما شاء) من الدافع والمدفوع إليه (إذا هلَكت، وهي في «الخانية» أيضًا) كما نقلناه عنها.

قال البيري نقلا عن «الولوالجية»: «التوكيلُ فيما له، لا ما عليه: صحيحٌ، فلو وكَّله أن يُخاصِمَ، ويأخُذَ حقوقَه من الناس، على أن لا يكون وكيلًا فيما يُدَّعَى على هذا المُوكِّل: صحَّ. ولو أثبَت الوكيلُ المالَ لمُوكِّله، ثم ادَّعى[٣] يريد الدفعَ: لا تُسمع

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوكالة (٣/ ٥).

(٢) في هامش (خ): (قوله: انتهى، أي: تم كلام «الخانية». قال البيري: ليس في كلام «الخانية» ما يدل على ما قاله المؤلف، فتأمله، انتهى. وكتب عليه أبو السعود في «الحاشية» ما نصه: في قول «البيري» المذكور نظر ظاهر، انتهى. وأقول: كلام «البيري» ظاهر جدا، وكلام «أبي السعود» في غير محله؛ فإن عبارة المصنف تقتضي أنه لا ضمان على واحد منهما لوجود الإذن بالدفع، وعبارة «الخانية» صريحة في أن لرب الوديعة الخيار في التضمين، وشتان ما بينهما، فتدبر).

(٣) قوله: ثم ادعى، أي: المدعى عليه. وكذا قوله: يريد، أي: المدعى عليه، كذا في هامش (خ).

على المُوكِّل؛ لأن المُوكِّل شرَط أن لا يكون وكيلا فيما يُدَّعَى عليه، ودعوى الدفعِ دعوًى على المُوكِّل، فلا تُقبل[1]»[2]، انتهى.

والله سبحانه أعلم.

***

(١) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوكالة، الفصل الأول فيما يجوز التوكيل به (٤/ ٣١٨).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (٢/ ٢٣٨).

فهرس المجلد الرابع

* * *